

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية
فرع: الحقوق
تخصص: قانون أعمال
الرقم التسلسلي: 06

إعداد الطالب عاشور تركية

يوم: 15 جوان 2019

مبدأ سلطان الإرادة و الشككية في العقود

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة بسكرة	أ.م.ب	لمعيني محمد
مشرفا	جامعة بسكرة	أ.د	حوحو رمزي
مناقشا	جامعة بسكرة	أ.م.أ	أو عيل حكيم

السنة الجامعية : 2018 - 2019

شكر وعرفان

بداية نشكر الله عز وجل الذي وفقنا على إتمام هذا العمل وأنار لنا درب العلم والمعرفة. إلى الذي تفضل علينا بالإشراف من بداية الدراسة إلى نهايتها ومن كان صرح علمه شامخاً وأنار لي طريقي طيلة سنوات الدراسة وسنوات العمل الأستاذ الدكتور **حوحو رمزي** الذي تعجز الكلمات وتتوارى الحروف ويخجل القلم أن يقف هذا الموقف لنشكره فقد تحونه العبارات وتشتت الجمل ويضيع المعنى ولا يصل الهدف ولكني أجتهد لأرد إليك بعض مما أخذت فقد تعودت منك العطاء، حروفا لا تليق بمقامك ولا بحجز وقتك ولكني قد نجد نفسي بعض الأمل بأنك قد تمنحنا بكرمك فترة وجيزة لتقرأ حروفي التي تعترف لك ببعض إنجازك وقد تراه إنجازا بسيطا بطموحك وأنا وغيري نراه إنجازا عظيما.

أستاذي العظيم كنت أبا بتوجيهاتك ، مرشداً بنصائحك ، موجهها نحو الطريق الصحيح بعبارتك ، أخواحنونا لكل من لجأ إليك ، أستاذاً في عملك ، مشجعاً لمن بذل جهداً ولو قليلاً ، مسخرنا نفسك لمن أراد المعلومة أو الحكمة أو النصيحة.

كما أتقدم بوافر الشكر وعظيم التقدير للأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بالموافقة على مناقشة هذه المذكرة.

وكل الاحترام والتقدير لجميع أساتذتي الكرام بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة بسكرة.

كما أتقدم بوافر الشكر وعظيم التقدير لكل من كان لي عوناً من قريب أو من بعيد على إنجاز وإتمام هذا العمل المتواضع.

"رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحاً ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين"

عاشور تركية

إهداء

إلى روح أمي الطاهرة رحمها الله

إلى من دفعني إلى العلم والعطاء...

إلى من أنار دربي بالدعاء...

أبي

إلي من أشد بهم أزي...

إخوتي وأخواتي ...

إلي كل الزميلات والزملاء....

عاشور تركية

المقدمة

مقدمة :

إن الإنسان اجتماعي بطبعه فهو لا يطيب له العيش إلا في كنف الجماعة في الوسط الحيوي للعلاقات الاجتماعية و الإنسانية التي يمارسها الأفراد فيما بينهم وذلك من أجل الحصول على ضروريات العيش ومن أجل تحقيق ذلك يلجأ إلى طرق عديدة كلها تتمحور حول إجراء تعاملات مع باقي الأفراد . ومن أجل عدم تضارب مصالح الأفراد يجب أن يكون هناك نظام يعمل على تنظيم هذه المصالح وتوجيهها الوجهة الصحيحة والحفاظ على التماسك والوحدة الاجتماعية , ويعد التعاقد الوسيلة الأمثل لتنظيم المعاملات وتسيير الحياة الإنسانية في كل عصر من العصور فلا يمكن تصور حياة دون تعامل بين الأفراد , فإرادة الأفراد وتوسعات تعد المحرك الذي تدور حوله معاملات الإنسان سواء الخاصة منها أوفي علاقاته مع أفراد المجتمع الذي يعيش فيه , لهذا ظهر مبدأ سلطان الإرادة الذي اعتبر الركيزة الأساسية التي تبنى عليه كل المعاملات مهما كانت صفتها ونوعها متخذة في ذلك طابع شكلي متمثل في العقد, ويتدخل القانون كأساس لتعاملات التعاقدية وما يتم وتداوله للوصول إلى معاملات مبنية على أسس وأهداف وذلك لتكريس العدالة العقدية وحماية الفئة الضعيفة كلما اقتضت المصلحة ذلك .

ضف إلى ذلك أن العقد لا يحترم لذاته , باعتباره توافق إرادت وإنما يحترم إعمالا للتضامن الإنساني وتحقيقا للمصلحة العامة , فالعقد ضرورة من ضروريات الحياة الاجتماعية وهو وسيلة لتحقيق الخير العام ولا يمكن التكلم عن العدالة العقدية خارج هذا الإطار وهذا ما أدى إلى إنتكاص مبدأ سلطان الإرادة وتراجعه, إذا بدأ يخبوا بريقه أمام هذه التطورات الاجتماعية , وبذلك أصبح مبدأ سلطان الإرادة وما ينتج عنه من حرية التعاقد مبدأ ثابت في معظم النظم القانونية إذا أن ظهوره قد أثر على جانبيين من جوانب العقد هما :

من حيث الشكل فمبدأ الرضائية يشكل فيه دعامة يستند إليها باعتبار أن الإرادة وحدها ليست كافية لإنشاء العقد

أما من حيث الموضوع , نجد تمتع الأطراف بالحرية في إبرام ما تشاؤون من العقود , وتضمينها مايرون من شروط , كما أن لهم الحرية الكاملة في تحديد الحقوق

والالتزامات المترتبة على العقد وهكذا تصبح الإرادة هي قانون صاحبها ومصدر القوة الملزمة للعقد الذي يعتبر هذا الأخير هو أصدق تعبير عن العدل لأنه يتم بين أشخاص أحرار ومتساويين بحكم القانون والشخص لا يرضى بشئ إلا إذا كان محققا لمصلحته.

أهمية الموضوع : تظهر أهمية معالجة هذا الموضوع دور الإرادة في إنشاء العقد حيث تظهر هذه الأهمية في الدور الأساسي لمبدأ سلطان الإرادة فهو الأساس الذي تحول حوله القواعد القانونية المنظمة للعقد , بداية من مكانتها وفعاليتها في هذا المجال وصولا إلى تراجعها بسبب التطورات الحاصلة والقيود المنصبة عليها سواء التي يفرضها المشرع أو القاضي , والموضوع له أهمية بالغة نظرا للتطور الهائل للحياة المدنية على جميع الأصعدة وخاصة الاقتصادية منها والدور القانوني الذي تلعبه الإدارة في المجال التعاقدية.

أسباب الدراسة: لذا حاولنا دراسة هذا الموضوع لمعرفة مكان الإرادة في العقود منذ أن كانت تحوز على مكانة مهمة في العقود ووصولاً إلى تدهور مكانتها نتيجة لتطور العقد والقيود الواردة عليه وكون هذا البحث ليس جديد على الساحة القانونية وإنما تناولته عدة بحوث ودراسات سابقة بشكل مجزئ ومتفرق أي أن كل بحث كان يعكف على جزء منه ولهذا إرتأيت في مجال المعاملات التعاقدية بين الأفراد أن أجمع مبدأ سلطان الإرادة والشكلية في العقود في مجموعة واحدة حتى يستفاد منه بشكل أفضل وحتى يكون مرجعا لكثير من البحوث التي سنتناول هذا الموضوع.

أهداف الدراسة: غير أن تطور الأحداث وفق معطيات جديدة أثرت على النظرية العامة للعقد , وذلك بظهور المذهب الاجتماعي وفلسفته الناقدة لأساس مبدأ سلطان الإرادة, وعلى هذا النحو أصبح القاضي وخاصة المشرع مبرر للتدخل في العلاقة العقدية بهدف تحقيق التوازن بين أداءات المتعاقدين , باعتبارهما حارسين للقيم الاجتماعية من جهة وسعيا منهما لتحقيق المساواة المطلوبة في المجتمع من جهة أخرى.

يتضح لنا مما تقدم أم مبدأ سلطان الإرادة على الرغم من أنه عرف ازدهارا في ظل سيادة المذهب الفردي الذي يقدر الإرادة الحرة للفرد والتي تعلوا عن إرادة الجماعة

باعتبار أن الفرد عند سعيه لتحقيق مصالحه فهو يحقق مصلحة الجماعة , إلا أن هذا المبدأ تراجع في ظل ظهور المذهب الاجتماعي الذي يهدف إلى تحقيق مصلحة الجميع ضف إلى ذلك تدخل كل من المشرع والقاضي في العلاقة العقدية لمعالجة اختلال التوازن العقدي .

و بذكر العلاقة العقدية ومبدأ سلطان الإرادة نجد تساؤل يطرح نفسه هو

ما مدي تحقيق المشرع الجزائري للتوازن العقدي ؟

من هذه الإشكالية الرئيسية تتفرع الأسئلة التالية :

- مدي تقييد إرادة طرفي العقد ؟

- ما هو أثر الشكلية في العقود ؟

وقد اتبعنا لدراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي الذي يناسب طبيعة الموضوع الذي يدور حول مبدأ سلطان الإرادة والشكلية في العقود اعتمدنا للإجابة على هذه الإشكالية على خطة مقسمة إلى فصلين إذ تناولنا في الفصل الأول مبدأ سلطان الإرادة , من خلال مبحثين خصصت المبحث الأول ماهية مبدأ سلطان الإرادة أما المبحث الثاني تراجع مبدأ سلطان الإرادة وتقييده أما الفصل الثاني فقسمناه أيضا إلى مبحثين خصصت المبحث الأول مفهوم العقود الشكلية أما المبحث الثاني شروط الشكلية في العقد

الفصل الأول :

مبدأ سلطان الإرادة بين

الحرية و التقييد.

الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية و التقييد.

تمهيد.

المبحث الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الأول: المفاهيم التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول: معنى مبدأ سلطان الإرادة .

الفرع الثاني: أساس و نشأة مبدأ سلطان الإرادة.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول: الالتزامات الإرادية هي الأصل.

الفرع الثاني : حرية التعاقد.

الفرع الثالث: العقد شريعة المتعاقدين.

الفرع الرابع: الحرية في تحديد آثار العقد.

المطلب الثالث: انتقاد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول: نقد الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الثاني: نقد الأساس الاقتصادي و فكرة عدالة العقد.

المبحث الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة و تقييده.

المطلب الأول: أهم المبررات التي ساعدت على إنتكاص مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول: ظهور المذهب الاجتماعي.

الفرع الثاني: تطور الفقه و القانون لمقارن للعقود.

المطلب الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة

الفرع الأول: القيود على حرية التعاقد و عدم التعاقد.

الفرع ثاني : تقييد حرية تحديد آثار العقد.

الفرع الثالث: اتساع نطاق الالتزامات.

خلاصة الفصل.

الفصل الأول

مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية و التقبيد

يهيمن على نظرية العقد مبدأ تقليدي هام، و هو مبدأ سلطان الإدارة، والذي تدور حوله قواعد قانونية تنظم العقد في مختلف أدواره، و على ذلك يعد المبدأ جوهر العلاقات التعاقدية، الذي يملئ على الطرفين قانون العقد.

نظرا لأهمية هذا المبدأ في مجال العقود، و الآثار المترتبة عن الأخذ به، ارتأينا البحث عن هذا المبدأ .

المبحث الأول: ماهية مبدأ سلطان الإدارة

إنّ للإرادة سلطان أكبر في مجال التعاقد، نظرا لما تتمتع به من حرية في الدخول في العلاقات التعاقدية باعتبارها مبدأ القانون، و الغاية التي ينتهي إليها، و لذلك يظهر دور الإدارة في إنشاء العقود، و كذا في تحديد آثارها.

فالمبحث عن ماهية مبدأ سلطان الإدارة يستدعي منا التطرق لمفهوم هذا المبدأ في المطلب الأول، ثم نبين نطاقه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المفاهيم التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإدارة.

إذا كان العقد يُبنى أساسا على الإرادة، و ما تتمتع به من حرية؛ فإنّ ذلك يُعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة، و لهذا سنخصص هذا المطلب لتوضيح معنى المقصود بمبدأ سلطان الإرادة في (الفرع الأول)، ثم نتطرق في (الفرع الثاني) نشأة مبدأ سلطان الإرادة.

الفرع الأول: معنى مبدأ الإرادة.

نتعرض في هذا الفرع إلى كل من تعريف و خصائص مبدأ سلطان الإرادة.

أولا: تعريف مبدأ سلطان الإرادة.

لا يوجد تعريف مباشر لمبدأ سلطان الإرادة، و لذلك نستشف معناه من الدور الذي تلعبه الإدارة في التعاقد، وكذا من الخصائص التي يتميز بها، لذا نجد بغض من الفقه عند تناوله للمقصود بمبدأ سلطان الإرادة يذهب إلى القول: " إن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته و هي التي تحدد آثاره أيضا كقاعدة، ثم يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدها تلك الإرادة المشتركة"¹.

¹ محمد صديري السعدي، الواضح في شروح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام - العقد و الإرادة المنفردة- الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 44.

كما يعرف مبدأ سلطان الإدارة بأن الإدارة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود دون التقييد بالأنواع التي ينظمها المشرع، و تتمتع أيضا بحرية الدخول في علاقة تعاقدية من عدمه، و كذا في تحديد ما يترتب على العقد من آثار قانونية، و تعديلها بعد ترتيبها، و إنهاء العقد بعد إبرامه مادامات تلتزم في ذلك بجدود النظام العام و الآداب العامة¹.

يستفاد من كل هذا أنّ مبدأ سلطان الإرادة يقوم على شقين: أولهما كفاية الإرادة على إنشاء العقد، وثانيهما هو أن الإرادة حرة في تحديد الآثار التي تترتب على العقد.

ثانيا: خصائص مبدأ سلطان الإرادة.

يتميز مبدأ سلطان الإرادة بعد خصائص و مميزات نجملها في النقاط الآتية:

1- حرية الشخص في التعاقد:

الأصل في الشخص هو براءة الذمة، و لا يلزم أحد تجاه غيره إلا إذا أراد ذلك بحريته و اختياره، و عليه فهذا المبدأ يعد أحد أسس الحرية².

إضافة إلى ذلك، فإنه على أساس الحرية العقدية للأفراد يمكنهم إنشاء ما يشاؤون من عقود و أن ينظموا أثارها وفق إرادتهم الحرة، و هذه الحرية لا تقتصر فقط على الموضوع بل تمتد أيضا إلى الشكل³، و هذا ما سنحاول التطرق إليه بنوع من التفصيل عند دراسة نطاق مبدأ سلطان الإرادة.

¹ محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص48.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في القيود المدنية - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص11.

³ فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول: مصادر الإلتزام، ط3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص26.

2- عدم تعارض حرية التعاقد مع حريات الآخرين:

إن حرية الفرد في التعاقد و الالتزام ليست مطلقة، و إلا وجد تصادم بين الأفراد و تحل الفوضى، لذا فهي حرية لا تتعارض مع حريات الآخرين بحيث يتحقق التوازن بين الحريات الأفراد في المجتمع الواحد؛ لأنه لا يمكن المساس بحريات الآخرين و لا بحقوقهم عند ممارسة في التعاقد و الالتزام، و هذا ما يجسد نظرية العقد الاجتماعي¹.

3- الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد و الالتزام:

مفاد هذه الخاصية أن القانون و القضاء ليس لهما التدخل و التصييق من حرية الفرد في التعاقد و الالتزام، بدعوى إتباع قواعد العدالة أو النظام العام ، بما أن إرادة الشخص اتجهت إلى تحمّل هذه الالتزامات.

في هذه الحالة يكون دور القانون و القاضي محايدا، بحيث سهرا فقط على احترام الشخص لحريات الآخرين و لا يتعدى حرّيته للمساس بحريات هؤلاء.

أما إذا ارتضى الغير التّحمّل بالالتزامات في مواجهة هذا الفرد بإرادته السلمية من العيوب فلا مجال لتدخلهما².

الفرع الثاني: أساس و نشأة سلطان الإرادة.

إذا كان العقد يرتكز أساسا على إرادة الطرفين؛ فإنّه ينبغي أن تكون هناك أسباب و أسس أخرى تدعمه و تقويه فمنها ما يعود إلى الفلسفة، و منها ما يستند إلى الاقتصاد و أخيرا إلى القانون، و لنري ذلك بنوع من التفصيل.

¹ بوعكاش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دكتورا في العلوم الإسلامية،

كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية و العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012، ص 6.

² المرجع نفسه، ص 7.

أولاً: الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة.

فلسفياً الإنسان له الخيار الحر في إنشاء العلاقات و القواعد التي يخضع لها، و قانونياً الإرادة هي مصدر الحقوق الشخصية، و هذا ما يبرر الحرية التعاقدية و الرضائية و التفسير الإرادي للعقد، و جدير بالذكر أن مبدأ سلطان الإرادة هو وليد الفلسفة الفردية¹، التي انتشرت مبادئها و اكتملت في بداية القرن التاسع عشر، و التي تميزت بازدهار².

يقوم الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة على فكرتين الأولى تتعلق بالحرية الطبيعية للإنسان، و الثانية مرتبطة بالعقد الإجتماعي.

1- مبدأ سلطان الإرادة و الحرية الطبيعية للإنسان:

يرى أنصار المذهب الفردي أن الإرادة هي أساس القانون و العقد؛ لأنّ الفرد هو المحور الذي يرتكز عليه القانون باعتباره أنّ إرادته حرّة و كفيلة بإنشاء العقود، و ما يترتب عنها من آثار³.

فمبدأ سلطان الإرادة من الناحية الفلسفية يبني على اعتقاد راسخ في وجود حرّية طبيعية للإنسان، و القاعدة القانونية لها ارتباط وثيق بالفلسفة السائدة في القرن الثامن عشر، مفادها تأكيد ما للأفراد من حقوق في مواجهة الدولة، التي يجب على المجتمع أن يقرّ بها للإنسان و يكرس له الحرية التي تخصّه بصفة طبيعية⁴.

¹ وفق هذا الاتجاه، الإنسان غاية في ذاته، و لا يجوز اعتباره وسيلة هذا من جهة ، و من جهة أخرى أنّه كائن ذو إرادة حرة، انظر: منذر فضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزامات و أحكامها-دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية و الفقه الإسلامي- دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ص 2012، ص44.

² علاّق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص21.

³ محمّد بودالي، الشروط التعسّفية في العقود في القانون الجزائري- دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر- دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص10.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول: مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص35.

فضلا عن ذلك، فإنّ الفرد يتمتّع بحقوق طبيعيّة ذاتيّة، و ما تكوين المجتمع إلا وسيلة لحماية هذه الحقوق الطبيعيّة، إذ أن الإنسان ليس له سلطة طبيعية على غيره؛ لأنّ إخضاع الفرد لقوانين غيره أمرا منافيا للأخلاق، لذا يجب أن لا يخضع الشّخص إلا لشرعيته الذاتيّة¹.

يستخلص من الحرّية الطبيعيّة للإنسان أن الفرد لا ينبغي أن يخضع إلا للالتزامات التي ارتضاها، و أنّ كلّ ما يرتضيه من التزامات يفرض عليه، إلا إذا قيّد حرّيته عن طريق العقود التي يبرمها، أي بمفهوم المخالفة لا توجد حرّية حقيقيّة ما لم تتضمن سلطة ذاتيّة².

حسب رأي جانب من الفقه، فإن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على تحليل فلسفي، يعني أنّ النّاس ولدوا أحرار و متساوين، و من ثمّ فهذه الحرّية و المساواة هي جوهر الإنسان، و الإرادة الحرّة هي المصدر الوحيد للالتزام التّعاقدي³، فهي مُطلقة من كلّ قيد؛ لأنّ كلّ ما ينبع من التّعاقّد المبني على إرادة الفرد الحرّة هو عدل و عادل⁴، و دليل ذلك قول الفقيه "CARO" أن الإنسان إرادة حرّة⁵.

فأنصار مبدأ سلطان الإرادة يقرّون بأنّ الفرد ركيزة النّظام الاجتماعي على أساس أنّ شخصيّة لا تكتمل إلا بالحرّية، لأنّ مظهر هذه الشّخصيّة هي الإرادة الحرّة المستقلّة، و طالما أنّ الفرد يعيش في المجتمع، و الغاية الأولى هي احترام حرّيته و إرادته، فمن الواجب أن تكون علاقاته بغيره أساسها الإرادة الحرّة، بحيث لا يلتزم إلا بما ارتضاه مختارا، ليتماشى مع القانون ليتماشى مع القانون الطبيعيّ الذي يقوم على الحرّية الشّخصيّة التي يجب احترامها⁶.

¹ علي فلالي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد- موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص48.

² أنظر: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص35.

³ جاك غستان، ترجمة: منصور القاضي، المطول في القانون المدني- تكوين العقد- المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، لبنان، 2000، ص 46.

⁴ محمود بودالي، المرجع السابق، ص5.

⁵ L'homme est une volonté libre.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني الجديد، جزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام- الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص153.

-2- مبدأ سلطان الإرادة و العقد الاجتماعي:

تعتبر نظرية العقد الاجتماعي سندا قويا لمبدأ سلطان الإرادة، و هي ليست إلا وجهها آخر لهذه الفلسفة، بحيث تشكل حقيقة تاريخية عند البعض، و تبريرا عقليا و منطقيا للإجبار الذي تفرضه الحياة في المجتمع عند البعض الآخر.

هذه النظرية ترى أن الإنسان يقبل العيش في المجتمع بما يفرض عليه ذلك من حقوق و التزامات بإرادته، و لا يمكن تصوّر غير ذلك¹.

مادام أن الأفراد يتمتعون بالحرية، يعني أن الحياة في المجتمع تفرض عليهم التنازل عن بعض من هذه الحرية، و هذا التنازل ذاته لا يمكن إدراكه إلا إذا تمّ قبوله بحرية في حدود و تحت الشروط التي يقرّها العقد الاجتماعي، لذلك يفترض عند إبرام العقد الاجتماعي أن يكون كلّ فرد قد وافق ضمنا على قوانين المجتمع، و على اختلافات التوازن، و الضغوطات التي قد تنتج من إعمال هذه القوانين².

ثانياً: الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة

يرتكز الأساس الاقتصادي على فكرتين أساسيتين، الأولى ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية الاقتصادية، و الثانية بفكرة المنفعة الاجتماعية.

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص35.

² نزمين محمد محمود الصبح، مبدأ العقد شرعية المتعاقدين و القيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية، د.د.ن،

2002، صص16-17.

1- مبدأ سلطان الإرادة و الحرية الاقتصادية:

تقوم فكرة الحرية الاقتصادية على مبدأ أساسي و هو "دعه يعمل، دعه يمر" المتواجد في مبدأ سلطان الإرادة، والذي يسمح للأفراد بالتعاقد كما يشاؤون، و هذه هي خير وسيلة لإنشاء علاقات أكثر عدلا و نفعاً فيما بينهم¹.

بناء على ما تقدّم، فإنّ أيّ تدخّل من جانب الدولة في النشاط الاقتصادي بفرض الحماية أو وضع القيود بعيدا عن حرية المبادرة الفردية سيؤدّي إلى اضطراب النشاط الاقتصادي.

إنّ نظرة الاقتصاديين التقليديين للعقد هي وجوب ضمان حرية التعاقد لزيادة الحدّ الأقصى من النشاط و التنمية الاقتصادية²، هذا ما يؤدّي إلى المساواة بين قدرات و حاجات أطراف العملية التعاقدية التي تحقّق مصالح التعاقدين، و في هذا الجانب يمكن إدراج قوله الفقيه "fouillée" في النصف الثاني من القرن التاسع عشر حينما قال "...كلّ ما هو تعاقدى فهو عادل"³.

1- مبدأ سلطان الإرادة و المنفعة الاجتماعية:

مبدئياً الحرية التعاقدية ترضي المصلحة العامة و العدالة عن طريق المنافسة، و اعتبر المذهب الاقتصادي للقرن الثامن عشر العقد الفردي للتبادل الظاهرة البدائية للنظام العام الاجتماعي كلية، وقد فرض مبدأ سلطان الإرادة نفسه نظرا لمنفعته الاجتماعية، كما استجاب قانون العرض و الطلب بالضرورة للمصلحة العامة⁴.

¹ FLOUR Jacques, LUCAUBERT Jean , SAVAUXE Ric ,Dorit civil , Les obligatoins – L'acte juridique – dalloz ,paris 9ème éd , 2000,p.78.

² نزمين محمد محمود الصّبح، المرجع السابق، ص.ص.19-20.

³ أنظر: علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص 24.

⁴ جاك غستان، المرجع السابق، ص 48.

تأسيساً على ذلك، فإن المصلحة العامة ليست إلا مجموع من المصالح الخاصة أو الفردية ، و الحرية الاقتصادية تقوم بصفة أساسية على اعتقاد قوامه أنّ الأفراد في سعيهم لتحقيق مصالحهم الشخصية يقومون في الوقت نفسه بدون قصد بخدمة المجتمع¹.

ثالثاً: الأساس القانوني لمبدأ سلطان الإرادة.

نظراً لأهمية العقد كأبرز مصدر للالتزامات في العلاقات القانونية، نجد أنّ أغلب التشريعات القديمة و الحديثة أحاطته بعناية فائقة، و هذا ما سنبينه بنوع من التفصيل كما يأتي

1- القانون القديم:

يختلف أساس مبدأ سلطان الإرادة في القانون القديم وفقاً لتطور العلاقات القانونية للشعوب.

أ - القانون الروماني:

لم يعرف القانون مبدأ سلطان الإرادة كاملاً في أيّ عصر من عصور؛ لأنّه كانت العقود شكلية تسيطر عليها أوضاع معينة من حركات، إشارات، ألفاظ و كتابة².

فالإرادة كانت غير كافية وحدها لإنشاء التصرف القانوني، وعاجزة على تحديد شروط وآثارها التصرف، فكان القانون يتولّى تحديد الشكل الذي ينشأ به التصرف و الآثار التي يرتبها، و من أهمّ التصرفات الشكلية التي عرفها القانون الروماني التصرف بالسبيكة و الميزان - الإشهاد يعتبر من أهمّ تطبيقاته - الدعوى الصورية و الاشتراط الشفهي³.

ضف إلى ذلك، العقد يستمد صحته من شكله و ليس من مضمونه، فمجرد توافق إرادتين لا يكون عقداً و لا يولّد التزاماً، و قد كان المدين يلتزم بمجرد استقاء الشكليات المرسومة و المقررة قانوناً، و إذا توفرت يكون العقد صحيحاً حتّى ولو كان السبب الحقيقي الذي من أجله

¹ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 37.

² عبد المنعم فرج الصّد، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، 1974، ص

³ صوفي حسن ابو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، لبنان، 1964، ص 6.

التزاما غير موجود أو غير مشروع، أو كانت الإرادة معيبة¹، و الدليل على ذلك القاعدة الرومانية القائلة: "الاتفاق المجرد لا يولد دعوى"².

غير أنه سرعان ما تطور المجتمع الروماني بسبب تغيّر الظروف الاقتصادية و الاجتماعية، و كذا اتّصّاله بشعوب و ثقافات أجنبيّة³، هذا أدّى إلى التمييز بين الشكل و الإرادة في العقد عن طريق منح الإرادة قسطا من الأثر القانوني، إذ ظهر إلى جانب العقود الشكلية العقود العينية و الرضائية و العقود غير المسماة، و هذا ما يفسر انتصار مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الرضائية، و بعدها انتصار في بعض العقود الأخرى التي تسمى عقود البريطورية و عقود الشرعية⁴.

ما تجدر الإشارة إليه في الأخير، أنّ القانون الروماني بالرغم من أنه قد اعترف في أواخر عهده ببعض التصرّفات الرضائية إلا أنّها تبقى استثناء عن الأصل.

ب- القانون الكنسي:

لم تستقل الإرادة في تكوين العقد إلا تدريجيا بسبب استمرار التشكيلة في مختلف أوضاعها السالفة الذكر، و إمتد هذا الأمر إلى نهاية القرن الثامن عشر أين ظهر القانون الكنسي⁵، الذي وسّع الرضائية و مهّد لها لتصبح المبدأ العام الذي يحكم العقود، و ذلك تماشيا و تأثيرا بالمبادئ الدينية⁶.

لقد استقر الوضع على أنّ كل اتفاق يكون ملزماً حتى و لو تجرد من الشكلية، أي يفرغ في شكل رسمي معيّن، و من ثمّ فقد عبّر أحد الفقهاء في البداية القرن السابع عشر، و هو الفقيه

¹ راجع: محمد علي عبده، دور الشكل في العقود - دراسة مقارنة - منشورات زن الحقوقية، لبنان، 2007، ص.ص 19-20.

² حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 21.

³ أنظر: صوفي حسن أبو طالب، المرجع السابق، ص 7.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 154.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 155.

⁶ جمبل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة في القانون الخاص، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمّان، الأردن، 2012، ص 157

"loysel" بوضوح عن هذا المبدأ بقوله " إنَّ الأبقار تُقَيّد من قرونها، و لكن الرّجال يقيّدون بألسنتهم"¹.

إضافة إلى هذا، يجب احترام الوعود و التّعهد، و إلاّ أمكن إكراه المتعهد المقصر على تنفيذ تعهّده عن طريق إقامة الدعوى عليه أمام المحاكم الكنسيّة، باعتبار أنّ مثل هذا الإخلال يشكل خطيئة دينيّة².

-2- القانون الحديث:

بمجرد تطور الحضارة الرومانية، و تأثير قانون الكنيسة، و سيادة أفكار المذهب الفردي، إلى جانب مبادئ الشريعة الإسلاميّة التي سبقت القوانين الحديثة و بإرسائها قواعد عامّة في المعاملات، التّوفيق بين الشكليّة و الرضائيّة حسب طبيعة العلاقات العقديّة، بدأت هذه التّشريعات الحديثة تركز هذه المبادئ و اقرارها وفق خصوصيّة كل مجتمع³.

من بين القوانين المدنيّة التي تأثرت بمبدأ سلطان الإرادة القانون المدني الفرنسي - تقنين نابليون الصّادر سنة 1804- حيث جاءت المادة **1134** عنوانا لمبدأ سلطان الإرادة.

كما ذهب في هذا الإتجاه القانون المدني المصري من خلال نص المادة **1/147** منه، أما المشرع الجزائري كرس أيضا هذا المبدأ، و ماله من دور في تكوين أو إنها أو تعديل العقد في نصّ المادّة **106 ق.م.ج.**

¹ انظر: محمد صبري السّعدي، المرجع السابق، ص45.

² جمبل محمد بني يونس، المرجع نفسه، ص 157.

³ علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص.ص 31-32.

المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة.

تترتب على مبدأ سلطان الإرادة عدة نتائج هامة و هي :

1- الالتزامات الإرادية هي الأصل.

2- حرية التعاقد.

3- الحرية في تحديد آثار العقد.

4- القعد شريعة المتعاقدين.

سنقوم بدراسة هذه النتائج في أربعة فروع كما سيأتي:

الفرع الأول : الالتزامات الإرادية هي الأصل.

مفادها هذه النتيجة كأصل عام أن افراد لا يلزم إلا بإرادته، و إذا كان من ضروريات و حاجات المجتمع في بعض الأحوال أن تفرض عليه بعض الالتزامات، فإنه ينبغي كإجراء أولي حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، إذ لا يمكن تقرير الالتزامات اللإرادية إلا في الحالات الاستثنائية لأن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، و بالتالي تكون التزامه عادلة إذا تمت بإرادته¹. و الواقع أن أنصار مبدأ سلطان الإرادة قد تطرفوا في الإلتصار له عندما أقاموا أحكام القانون المختلفة على الإرادة فحسب، بل وصل بهم الأمر إلى نتيجة منافية للعقل و المنطق فحسب رأيهم ليست الإرادة مجالا تتصب فيه التعاقد فحسب، بل هي قوام التصرف القانوني². هذا يعني أن إرادة أطراف العقد هي صاحبة السلطان الأكبر في تكوين العقد، و أن كل الإلتزامات بل و كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة³ و لا تقتصر الإرادة

¹ انظر: حمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 46.

² يقولون أن شبه العقد يقوم على إرادة مفروضة و الجريمة و شبه الجريمة تقومان على الإرادة، و كذلك حق الملكية و حقوق الأسرة المبنية على عقد الزواج الذي تحكمه الإرادة، و الإرث يستند إلى وصية مفترضة و هي عمل إداري و طرق التنفيذ الجبري هي أيضا تستند إلى الإرادة لأن المدين قد ارتضاها عند التعاقد، حتى أن العقوبة الجنائية ترجع إلى الإرادة لإرتضاء المجر مسبقا لإنزال العقوبة به، و حتى القانون هو عبارة عن إرادة ارتضاها الناس بأنفسهم أو بواسطة ممثليهم

فاختاروا الخضوع لسلطانه؛ أنظر: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 53

³ انظر: خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 18.

على إنشاء العلاقات العقدية وتحديد مضمونها و أحكامها بل تعتبر الإرادة الحرة مصدر إذ يقول المبدأ الفلسفي: "إن العقد هو مبدأ الحياة القانونية و الإرادة الفردية هي مبدأ العقد".¹ فالرابطة القانونية تنشأ باتفاق الإرادتين و قوتها الإلزامية هي انعكاس لهذا الاتفاق، و انعقاد العقد يقاس على مقياس الإرادات الفردية التي تجعل المتعاقد منفرد في حلقة قانونية مميزة و منفصلة عن الآخرين و ينشئ داخل هذه الحلقة قانون بواسطة سلوك وحيد و هو الإرادة.²

و المعنى الصحيح و الأدق لمبدأ سلطان الإرادة هو أن إرادة الإنسان يمكن أن تنشئ في مجال التصرف القانوني الحقوق و المراكز القانونية، فالالتزامات التعاقدية لا تنشأ من القانون و إنما من إرادة الأطراف في العقد، و القوة الملزمة للعقد لا تنشأ من القانون و إنما من الإرادة كذلك، وكل ما تفعله السلطة العامة هو تقديم المساعدة للدائن من أجل تنفيذ ما تعهد له به المدين.

إن القائلين بمبدأ سلطان الإرادة يعتبرون أن الأفراد أحرار بحسب طبيعتهم، فالحرية هي الأصل و لا يتقيد الفرد بحسب هذا الأصل إلا بإرادته، و هذه الإرادة الفردية هي التي تحقق العدالة، فلا يتصور أن يشكو شخص من الظلم من الالتزام الواقع على عاتقه إذا كان هو الذي ألزم نفسه به، فالفرد هو خير من يعرف مصلحة نفسه و يدافع عنها و لا يتصور أن يعمل ما يضر بنفسه، و إذا كان هناك احتمال لوقوع أضرار منه بمصالح غيره فإن الذي يبعد هذا الاحتمال هو تقابل و تعارض مصالح الطرفين في العقد.

¹ أنظر: علي فيلالي، المرجع السابق، ط2010، ص 49، تهميش رقم: 17.

² Le lien de droit et donc crée par l'accord des volontes et sa force obligatoire est une projectoin de cet accord , l'étoffe du contrat se l' aune des volontes individuelles. Il est possible au contractant de s'isoler dans un bulle juridique propre , sépare des tirs et de créer du droit a l'intérieur de cette bulle par le seul action de leur volontes

انظر في ذلك

p.dauchy. une concetoin objective du lien d'obligtoin. Les apports du structuralisme a la théorie du contrat archives de philosophie du droit , t26,1981 ,p207.

فكل طرف يشترط ما يكفل و يحقق مصالحه و بذلك هناك توازن في العقد و لا يقع أي ضرر بأي من طرفيه¹.

كما تظهر عدالة العقد في هذا المجال في العلاقات القانونية التي يربتها العقد، فهي بالضرورة علاقات عادلة متفقة مع القانون الوضعي لأنها متفقة مع الحرية، حيث أن الالتزامات التي تفرض على الشخص دون رضاه هي حتما التزامات ظالمة إذ فيها مساس بحريته و اعتداء على حقه².

الفرع الثاني: حرية التعاقد.

ترسخ مبدأ سلطان الإرادة فأصبح قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية، فجميع الالتزامات و النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، و هذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر للالتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له³.

بناء على ذلك فإن إرادة الفرد في إبرام العقود لا تحتاج إلى شكل خاص و هذا هو مبدأ رضائية العقود، كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حريته أيضا في عدم التعاقد، فلا إجبار عليه أن يدخل في ربطة عقدية لا يرغبها⁴ (le non vouloir) و هذا المظهر السلبي و نلتمس ذلك مثلا في الشرط الذي يدرجه الأفراد العقود والمخالصات تحت كل التحفظات (sous toutes reserves).

أي أن الفرد لا يريد أن يتعرض لنتائج ضارة به لم ينصرف قصده عند التعاقد إليها⁵. و غني عن البيان أن العقد هو المصدر الرئيسي لكل التزام، و ذلك واضح فيما يتعلق بالالتزامات التي تنشأ من العقود المبرمة بين الأفراد، و لكل منها التزامات أخرى مصدرها القانون و التي تنشأ بطريق مباشر كالتزامات الجوار مثلا، أو بطريق غير مباشرة كما في تقرير المبدأ العام في المسؤولية التقصيرية، حتى هذه الالتزامات يمكن اعتبار العقد المصدر

¹ أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص ص 77-78.

² أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 80.

³ أنظر: إلياس ناصيف، المرجع، ص 80.

⁴ أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 46.

⁵ أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 83.

الأصلي لها، لأن القانون الذي فرضها ما هو في الحقيقة إلا من عمل الإرادة الجماعية، و أساس العلاقات في هذا المجتمع هو العقد الاجتماعي (contrat social) و الذي نادى به الفقيه جون جاك روسو (john jack reousseu) في كتابة الذي يحمل نفس هذا الاسم.

فأساس الملكية هي حرية الأفراد و حقوق الأسرة تنشأ عن عقد الزواج بل أن الميراث نفسه ما هو إلا وصية مفترضة، و العقوبات الجزائية مبررها أن المجرم قد ارتضى مقدما أن ينال جزاء ما اقترف، و بناء على ذلك يمكن القول أن الأفراد هم الذين أرادوا هذه القوانين و ما ينشأ عنها من التزامات أو عقوبات، فالإرادية تعلق عن القانون نفسه و لا يظهر القانون إلا حيث تتخلى له الإرادة عن موضع أو حيث يتعلق الأمر بالنظام العام و الآداب العامة¹.

إذن فإرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود، بالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية دون قيد على حرية الإنسان الكاملة و لا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام² و الحالات التي تتعلق بالنظام العام يجب أن تكون قليلة أو نادرة خاصة أين يمكن المساس بحريات الآخرين.

و الإرادة التي يعتد بها في هذا المجال هي الإرادة التي اتجهت اتجاهها صحيحا و سليما نحو غايتها - أي الإرادة التي لم تكن مشوبة من العيوب- فالإرادة المكروهة أو التي يشوبها غلط أو المدلس عليها لا تنشئ عقدا صحيحا، و يكون لصاحبها أن يمسه بالعيب و يبطل العقد.³

¹ أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 80.

² أنظر : محمد الصبري السعدي، المرجع السابق، ص 46.

³ أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 89.

الفرع الثالث: العقد شريعة المتعاقدين.

يعد هذا المبدأ أحد النتائج المترتبة عن التسليم بمبدأ سلطان الإرادة بحيث يضيف على العقد قوته الملزمة، لذلك يجب الوقوف عنده لمعرفة معناه و كذا النتائج المترتبة عنه.

1- معنى مبدأ العقد شرعية المتعاقدين:

وفقا لهذا المبدأ، فإن ما تقرره الإرادة يشكل قوة ملزمة للطرفين فما اتفق عليه المتعاقدين و ما يدخل في نطاق العقد يكون ملزما لهما كما لو كان القانون قد نص عليه¹، فبمجرد أن يتم العقد بين المتعاقدين -بتوافر شروط وجوده و صحتها- تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي ينشأ لهما حقوقا و يرتب عليها التزامات².

إنّ الحقيقة التاريخية لهذا المبدأ تعود إلى تقنين نابليون سنة (1804) الذي أعطى للعقد منزلة القانون و ألزم أطرافه بوجوب تنفيذه³.

و أقر المشرع الفرنسي هذا المبدأ في المادة 1134 من ق.م.ف، التي جاء فيها: " الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقودها مقام القانون..."⁴.

بالمقابل من ذلك نلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد حذى حذو المشرع الفرنسي، بحيث أكد هو الآخر قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" في نص المادة 106 ق.م.ج. التي تنص على أنّه "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، و لا تعديله و إلا باتفاق الطرفين...".

¹ جواد كاظم سمسّم، "فكره جوهر الالتزام العقدي"، مجلة الكلية الإسلامية، جامعة النجف العراق، العدد 19، 2012، ص 453.

² خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 106.

³ نزمين محمد محمود الصبح، المرجع السابق، ص 22.

⁴ Art 1134 de code civil français stipule : "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a' ceux qui les ont faites..." in :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichcode.do?cidtext=LEGITEXT000006070721&DATETEXTE=20140512,vue : 05/06/2014>.

2- النتائج المترتبة عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين:

إذا نشأ العقد صحيحا و استوفى الشروط المقررة قانونا، تحددت الالتزامات و تحققت للعقد قوته الإلزامية، و عليه يتعين على المتعاقدين و القاضي على حدّ سواء التقيّد به و ضرورة تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه.

أ - خضوع الأطراف لسلطان العقد:

يعترف المشرع للإرادة بسلطان في حدود النظام العام و الآداب العامة¹، لذلك طالما التزم المتعاقد بمحض إرادته و جب عليه تنفيذ ما التزم به، و لا يجوز له نقض العقد أو نقض العقد، أو تعديله، أو إنهاءه دون رضا المتعاقد الآخر². و هو بذلك وسيلة توقع أو تبصر و أمان قانوني و ضمان اقتصادي، فلما تكون العقد باتفاق إرادي لا يمكنه أن يعدل إلا باتفاق إرادي جديد.³

هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1993 حيث أكدت أنّ " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تغيير ما كان أساسيا في العقد بالإرادة المنفردة، و من ثمّ لا ينبغي نقل العامل دون إرادته"⁴

كما أنّ تنفيذ العقد من قبل المتعاقدين يقتضي أن يكون بطريقة تتماشى مع حسن النية إستنادا لما ورد في أحكام المادة 1/107 من ق.م.ج التي تنص على: " يجب تنفيذ جميع العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية". و بالتالي فإن حسن النية هو الذي يسود في تنفيذ جميع العقود، على عكس ما هو متواجد في القانون الروماني من تقسيم العقود إلى عقود حرفية التنفيذ

¹ أنظر: عبد المنعم فرح الصدة، المرجع، ص 476.

² علي فيلاي: المرجع السابق، ص 50.

³<http://WWW.PLAYMENDROIT.FRE2.FR,DROITDDECONTRAT,LAFORCEOBLIGATOIREUCONTRATHTM>, P01, VU LE 05/04/2014.

⁴ المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، قرار رقم 19449 مؤرخ في 08 ديسمبر 1993، (قضية م.أ ضد د.وت)، م.ق، عدد خاص، 1997، ص 157.

و عقود طابعها حسن النية، و من أمثلة ذلك، أنّ عامل النقل يلتزم بتوصيل البضاعة بأنسب الطرق...إلخ.

فضلا عن ذلك، فإنه يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين أو للأسباب التي يقرها القانون، مادام أنّ الإرادة المشتركة للمتعاقدين هي أساس العقد يمكن تعديله كذلك باتفاقها أو نقضه، و قد تم هذا الاتفاق عند إبرام العقد، كأن يتضمن العقد شوطا يخول لأحد الطرفين أو كليهما حق النقص أو تعديل في أحكام العقد، و يمكن أيضا أن يتحقق ذلك بموجب اتفاق لاحق لقيام العقد، بحيث أن هذا الاتفاق يكون بمثابة عقد جديد يشترط لقيامه ما يشترط لقيام العقد الأول¹، و هذا لا يشكل خروجاً على جوهر القوة الملزمة للعقد، و بالتالي الشروط التي تراعى في الاتفاق و بتعديل العقد أو نقضه هي بذاتها الشروط التي تراعى عند إبرام أي عقد جديد².

إنّ التعديل العام لاستقرار الرابطة العقدية و حمايتها، لأنه يسمح بالابتعاد عن إنهاء العقد أو عدم تنفيذه، و يمكن أطراف العلاقة التعاقدية من إعادة تنظيمها بترك الحرية لها في مراجعة العقد، و هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 2/10 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، بحيث جاء فيه: "...و يمكن أن يستكمل العقد النموذجي من جهة أخرى بأي بند آخر خاصة تراه الأطراف ضرورياً"³، كما أن القانون استثنى حالات عديدة يجوز فيها لأحد أطراف العقد حق نقض العقد، و من بينها يجوز للموكل إنهاء عقد الوكالة و لو وجد اتفاق يخالف ذلك و هذا حسب نص المادة 587 من ق.م.ج⁴.

¹ عبد المنعم فرح الصّد، المرجع السابق، ص 476.

² سمير عبد السيد تانغو، المرجع السابق، ص 154.

³ مرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 01 مارس 1993، يتعلق بالنشاط العقاري، ج.ر.ج.ج. عدد 14، صادر في

1993/03/03، معدل و متمم

⁴ التي تقضي: "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يفيدها و لو وجد اتفاق يخالف ذلك".

كذلك للواهب مثلا الحق في نقض عقد الهبة بعد إبرامه، و بعد تنفيذه؛ لأنّ عقد الهبة من العقود التي يجوز الرجوع فيها¹.

- ب - القوة الملزمة بالنسبة للقاضي:

إن حضر تعدل أو نقض أحكا ليس مقصورا على كل متعاقد بمفرده دون اتفاق بينهما، بل يشمل أيضا القاضي، فحفاظا على حرية الأطراف في تنظيم عقودهم يتوجب على القاضي احترام الشروط العقدية و تنفيذها حرفيا، لذلك لا يجوز له بداعي تحقيق العدالة التدخل في الشروط التي اتجهت إليها إرادة الأطراف بتعديلها، الإسقاط منها أو إنشاء شروط لم يتضمنها العقد²، أي بمعنى أن القاضي لا يملك سلطة الحلول في محل الإرادة الفردية³.

مهمة القاضي في هذا الشأن تقتصر في تحديد الحقوق و الالتزامات المترتبة على العقد متى استوفى لشروط صحته، و كذا تعيين أصحاب هذه الحقوق و الالتزامات⁴.

نلخص إلى أن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة التي يكتسبها العقد، فهي تفرض احترام قداسة مضمونه من جهة و تستوجب تنفيذه من جهة ثانية .

الفرع الرابع : مبدأ الأثر النسبي للعقد.

ينتج العقد آثار القانونية بمجرد انعقاد صحيحا، و مقابل ذلك يكتسب العقد قوته الملزمة التي تحكمها فكرة أساسية تتمثل في نسبية أثر العقد، و الذي يعني انصرف آثار العقد لعاقديه دون سواهم، على أساس أن هذا المبدأ هو آخر استمد قوته من فكرة فلسفية ألا و هي أن الفرد يلزم إلا بإرادته الحرة.

¹ نصوص المادة 221 من القانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة ، ج.ر.ج.ج، عدد24،

صادر في 12/06/1984، معدل و متمم على أنه: "للابوين حق الرجوع في الهبة لولديهما مهما كانت سنّه..."

² نزمين محمد محمود الصبح، المرجع السابق، ص 29.

³ http://www.playmendoit.frée,op.cit ,p01.

⁴ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 106.

-1- انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين:

لا يقصد بالمتعاقدين اللذان أبرما العقد بنفسيهما أو بطريق الإنابة، و إنما يجب فهم معنى المتعاقدين بالشكل الواسع، إذ نقصد بها أيضا خلفهما العام، كما قد ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص¹.

- أ - الخلف العام:

هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال كالوارث أو الموصى له بحصة منها، و لذلك تنصرف إليه آثار العقود التي يبرها السلف سواء فيما ترتبه من حقوق أو ما ينتج عنها من التزامات²، هذا ما تقرره المادة 108 من ق.م.ج التي تنص على أنه: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام...".

ما نلاحظ هو أنّ المشرع الجزائري و على غرار بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري اعتمد مبادئ الشريعة الإسلامية بخصوص ما يتعلق بأحكام الميراث، على أساس لا تركة إلاّ بعد سداد الديون³. و بالتالي فالالتزامات المورث تخصم من تركته، و بعد الوفاء الديون ينقل إلى الوارث ما تبقى من حقوق.

إنّ القول بأنّ آثار العقد من السلف إلى الخلف ليست على إطلاقها، بل ترد عليها استثناءات مع بقاء الخلف العام يحمل هذه الصفة، و هذا لما ورد في المادة 108 من القانون ق.م.ج، حيث تنص على: "...ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كلّ ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة باليراث". و يتبين من هذا النص لاستثناءات التالية:

¹ حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول: مصادر الالتزام - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، 2002، ص174.

² أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي- دار الثقافي للنشر و التوزيع، الإسكندرية، 2005، ص175.

³ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 176.

- إذا نص القانون صراحة على إنقضاء العقد بوفاة المتعاقد، كما هو الشأن لإنهاء الوكالة بوفاة الموكل و الوكيل حسب المادة 586 ق.م.ج.¹.

- إذا كانت طبيعة الالتزام تقتضي عدم انتقال الحق الناشئ عنه إلى الوارث، و دليل ذلك حالة ما إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في العقد كالمهندس مثلا، و في هذه الحالة العقد ينحل بمجرد موت العاقد. و نفس الحكم يسري في العقد المقرر لحق الانتفاع، فهذا الأخير لا ينتقل إلى الوارث لأنه ينقضي بموت المنتفع، و هذا وفقا للمادة 852 ق.م.ج.

- إذا اتفق المتعاقدان على ذلك؛ لأنّ العقد شريعة المتعاقدان و بالتالي ينقضي العقد حتما بوفاة المتعاقد، كالاتفاق على أن الإجار تنتهي بموت المستأجر... إلخ²، و على الرغم من أنّ المشرع في المادة 108 لم يتّص على هذا الاستثناء، إلا أنه يمكن أن نستنبط ذلك أن نستنبط ذلك من المبدأ المدروس سابقا.

- ب - الخلف الخاص:

هو الشخص الذي يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات، أو حقًا عينيًا على هذا الشيء، و عليه نجد مثلا أنّ المشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع و كذلك صاحب حق منفعة خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق³.

إضافة إلى ذلك، حتى تتصرف آثار العقد الذي يبرمه السلف إلى خلفه الخاص، يجب أن تتوفر فيه شروط محددة نصت عليها المادة 109 من ق.م.ج كما يلي: "إذا أنشأ العقد التزامات، و حقوقا شخصية تتصل بشيء إنتقال بعد ذلك إلى خلف خاص، فإنّ هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشيء إليه"، على أساس هذه المادة نستنتج الشروط التالية:

¹ تنص على: "تنتهي الوكالة بإتمام العمل الموكل فيه... و تنتهي أيضا بموت الموكل أو الوكيل".

² أنظر: محمد السعدي، المرجع السابق، ص 323.

³ حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو: المرجع السابق، ص 178.

- أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص لأنه إذا أبرم العقد قبل انتقال الشيء، فلا تتصرف آثاره إلى الخلف، و مثاله إذا باع شخص منزله و قد أمن عليه ضد الحريق قبل البيع ، فيمكن للحقوق و الالتزامات الناشئة عن عقد التأمين أن تنتقل إلى المشتري، و العكس خطأ، أي إذا أبرم عقد التأمين بعد البيع، فالخلف الخاص غير ملزم بالآثار المترتبة عن العقد، و من ثم فإنَّ أسبقية العقد تكون بموجب سند ثابت التاريخ¹.

- أن تكون الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة للحق الذي إنتقل إلى الخلف، و عليه فهي تعد من توابعه و ما يبرر إنتقالها هي قاعدة أن توابع الشيء تلتحق به عند التسليم، و مثال ذلك عقد التأمين على العقار المبيع من الحريق، فينتقل حق البائع الناشئ عن هذا العقد إلى المشتري، و يلزم هذا الأخير بدفع الأقساط.

أما فيما يتعلق بالالتزامات التي تعتبر من مستلزمات الشيء فهي تلك التي تضع قيودا على الحق المنتقل إلى الخلف، و بالتالي يمكن تبرير إنتقالها على أساس أنها كانت تحد من حق المتصرف، و هذا الأخير لا يستطيع أن ينتقل إلى غيره أكثر مما يملك، و لأن فائد الشيء لا يعطيه، خير مثال على ما سبق هو حقوق الارتفاق المترتبة على العين قبل انتقال ملكيتها إلى الخلف، فتنقل العين إلى الخلف مثقلة بهذه الحقوق².

علاوة على هذا، فإذا كان الحق أو الالتزام الناشئ من عقد السلف مع الغير، فلا يعتبر من مستلزمات الشيء المنتقل إلى الخلف الخاص؛ لأنه لا يكتسب هذا الأخير حقا و لا يحتل التزاما، فمثال ذلك حالة بيع العقار إذ لا تنتقل إلى المشتري دعوى التعويض عن التلف الحاصل للمبيع بفعل الغير قبل البيع.

- أن يكون الخلف الخاص عالما بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه، و يقصد بالعلم هنا، العلم الحقيقي بالحق أو الالتزام و ليس مجرد افتراض العلم³.

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 326.

² سمير عبد السلام تناغو، المرجع السابق، ص 119.

³ أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، المرجع السابق، ص 179.

بالنسبة للحقوق الواجبة الشهر، يفترض أن تكون قد اتخذت بشأنها إجراءات الشهر كالحقوق العينية، و يشترط أيضا علم الخلف الخاص بالالتزامات التي تنتقل إليه دون الحقوق على أساس أن هذه الأخيرة له حق المطالبة بها (الانتقال إليه) مادامت من مستلزمات الشيء حتى و إن لم يكن عالما بها وقت انتقال الشيء إليه، بل أدرك كذلك لاحقا¹.

2- انصراف آثار العقد إلى الغير بإرادة المتعاقدين:

يقصد بالغير الشخص الأجنبي عن العقد، أي لم يكن طرفا في العقد و ليس خلفا لأحد المتعاقدين، و بالتالي طبقا لقاعدة الأثر النسبي للعقد، فإن آثار هذا الأخير لا تنصرف إلى الغير، و يبقى بعيدا عن التأثير بالعقد²، و على الغير في هذه الحالة لا يكتسبه العقد حقا و لا يحمله التزامات، غير أن المشرع سمح بالخروج عن هذا الأصل فيما يخص الحقوق دون الالتزامات، و قضى بأن للغير أن يكتسب حقا من العقد (الاشتراط لمصلحة الغير)، و لا يرتب في ذمته التزاما (التّعهد عن الغير)³.

أ- التّعهد عن الغير:

يقصد به تعهد شخص بحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين؛ كان يتعهد (أ) ل (ب) على جعل (ج) يبيع له منزله⁴، و يشترط حتى نكون بصدد تعهد عن الغير، تحقق الشروط:

- أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، و بهذا يتميز المتعهد عن الفضولي، فهذا الأخير يعمل باسم و لحساب ربّ العمل و تنصرف آثار العقد الذي يبرمه إلى ذمة الأصل، أما المتعهد فيبرم العقد باسمه و تنصرف إليه آثار العقد.
- أن تتجه إرادة المتعهد بإلزام نفسه لا غيره بهذا التّعهد، إذا لا يمكن قانونا أن يلزم شخص آخر بعقد لم يكن طرفا فيه.

¹ راجع: سمير عبد السلام تناغو، المرجع السابق، ص 120.

² محمد صبري السعيد، المرجع السابق، ص 328.

³ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 121.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 331.

- أن يلزم المتعهد بحمل غيره على القبول التعهد، بمعنى يقع على المتعهد التزام القيام بعمل، و عليه فالالتزام المتعهد بحمل الغير على قبول التعهد هو التزام بتحقيق نتيجة لا يبذل عناية، على أساس أن المتعهد لا يبذل ما في وسعه لحمل الغير على القبول، و إنها يجب على هذا الأخير أن يقبل فعلا الالتزام و هذا ما يميز التعهد عن الغير و الكفالة، بحيث أن الكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين الأصلي بعده إيجاده، عكس المتعهد الذي يكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير، و لا يكفل تنفيذه¹.

ضف إلى ذلك، للغير مطلق الحرية في قبول أو رفض التّعهد الصادر من المتّعهد، و هذا ما يستفاد من نص المادة 114 من ق.م.ج التي قدمت فرضين يتمثلان فيما يلي :

الفرض الأول، حالة القبول الغير (المتعهد عنه) للتعهد، فيعتبر المتعهد في هذه الحالة قد نفذ التزامه بالحصول على قبول المتعهد عنه، و هذا يؤدي إلى انقضاء التزامه و إنشاء عقد جديد بين المتعهد عنه و التعاقد مع المتعهد، و بذلك يتضح أنّ هذا العقد الجديد يختلف عن عقد التعهد الأصلي من حيث طرفيه و في انعقاده و أثاره، كما يعد العقد مبرما وقت القبول من وقت إبرام عقد التعهد، أي ليس للقبول أثر رجعي ما لم يقصد الغير إرجاعه إلى الوقت الذي الذي تم فيه التعهد².

أمّا بالنسبة للفرض الثاني يتمثل في الحالة رفض الغير التعهد، فللغير (المتعهد عنه) كما سبق الإشارة كامل الحرية في عدم الإقرار بالتصرف، و بالتالي فهو لا يسأل عن شيء، لأن التصرف لا يرتب في ذمته أيّ التزام هذا من جهة، و بالقابل من ذلك تقوم مسؤولية المتعهد بسبب إخلاله بالتزامه العيني- و هو قبول المتعهد عنه- تجاه المتعاقد معه بدفع تعويض له عن الضرر الذي أصابه جزاء الرفض³.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص 619-620.

² سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 124.

³ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 324.

غير أن المتعهد طبقاً للمادة 114 ق.م.ج¹ التخلّص من هذه المسؤولية عن طريق تنفيذ الالتزام تعهد به بنفسه إذا لم تكن شخصية المتعهد عنه (الغير) محل اعتبار في التعهد.

نلاحظ مما تقدم، أن التعهد عن الغير لا يشكل خروجاً عن قاعدة نسبية أثر العقد، على اعتبار أن الالتزام المترتب في ذمة الغير نشأ عن العقد هو طرف فيه.

- ب- الاشتراط لمصلحة الغير:

يعرف هذا الأخير قيام شخص بالتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير الذي لم يكن طرفاً في العقد، بحيث تكون له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية (سواء كانت مادية أو أدبية).

يترتب على هذا الاشتراط وجود ثلاثة أشخاص هم: المشتري، المتعهد، و المنتفع، و مثاله قيام شخص بالتأمين على حياته لمصلحة زوجته و أولاده².

كما جاء كذلك في أحكام المادة 116 من ق.م.ج. التي تقتضي بأنه: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية كانت أو أدبية، و يترتب على هذا الاشتراط أن يكتسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه".

في ضوء هذه المادة، يمكن استنتاج الشروط الآتية:

- تعاقد المشتري باسمه الخاص، بما أن المشتري هو المتعاقد، فيجب أن يتعاقد باسمه الخاص لا باسمي المستفيد باعتبار أن هذا الأخير من الغير بالنسبة للعقد، و لو تم التعاقد باسمه (المستفيد) لكناً بصدد نيابة في التعاقد³.

¹ التي تنص: "...و يجوز مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به..."

² حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، المرجع السابق، ص 187.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 337.

- اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد، بمعنى إذا إشتراط الشخص المشتراط الحق لنفسه و تعود فائدته بعد ذلك على الغير فلا يعتبر اشتراط لمصلحة الغير، لذلك يجب أن يكون هذا الحق ناشئ مباشرة من العقد الذي أبرم بين المشتراط و المتعهد¹.

المطلب الثالث: انتقاد الأساس الذي يقوم عليه مبدأ سلطان الإرادة.

ظاهر من عرضنا لمبدأ سلطان الإرادة، أن القائلين به وصلوا إلى حد بعيد من الغلو فيما قالوه عن مبدأ و النتائج التي تترتب عليه، و لذلك اشتد الهجوم عليه منذ مطلع القرن العشرين² إذ شهد الكثير من الانتقادات في مختلف الأفكار التي يبني عليها، خاصة عند ظهور المبادئ الاشتراكية الأمر الذي أدى إلى انتكاسه و تراجعها في كثير من العقود³.

و سوف نعرض أهم الانتقادات الموجهة لمبدأ سلطان الإرادة و ذلك من جانب الفلسفي و الجانب الاقتصادي و فكرة عدالة العقد كما سيأتي.

الفرع الأول: نقد الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة

أولاً: نقد الفردية المطلقة.

إن الفلسفة الفردية التي جاءت بها نظرية التقليدية (مبدأ سلطان الإرادة) شهدت انتقاداً لادعا من طرف الفقهاء و ذلك لأنهم أظهروا خطأ هذه الافتراضات، حيث قالوا: إنَّ الإنسان هو كائن اجتماعي بطبعه و أنه لا سبيل له للعيش أو تحقيق الذات إلا في كنف الجماعة، و عليه فإنه ما يتمتع به من حقوق هي ناتجة عن كونه اجتماعياً يعيش مع غيره من الأفراد⁴.

¹ أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 639.

² أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 89.

³ أنظر: فاضل إدريس: المرجع السابق، ص 42.

⁴ أنظر: منصور مصطفى منصور، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني، دار النهضة العربية، من دون ط، ص 11.

و أن القول بوجود حقوق شخصية للفرد سابقا على وجود المجتمع و مصدرها الوحيد إرادته الحرة هو حديث عن العدم و ترجمة لفكرة ميتافيزيقية، و أن النظرية التي تقر هذه الفكرة ضد المجتمع (anti social). و يترتب عليها إعلاء إرادة الفرد على إرادة القانون¹.

فلا وجد للحقوق الشخصية التي تنشئها الإرادة، فطالما أن الإنسان يولد مدينا للمجتمع الإنساني و يستعير شخصيته من الضمير الاجتماعي، فإن إرادته ما هي في حقيقتها إلا انعكاسا للمعتقدات و التصورات الجماعية، و إذا ما أردنا التسليم بوجود الحقوق الشخصية فإنه ينبغي استبدال ذلك المفهوم الميتافيزيقي الخاص بها بمفهوم واقعي ينبثق من وظيفتها الاجتماعية، فالإنسان لا يتمتع بحقوق و إنما يناط بكل فرد داخل المجتمع القيام بدور معين تنفيذا لمهمة معينة، و إرادته هي وسيلته لتحقيق ذلك انطلاقا من ضرورة الاعتماد الاجتماعي المتبادل².

و إذا كان ما سبق يعبر عن رفض و إنكار للفلسفة الفردية فإن هناك اتجاها معتدلا يرفض تلك الفكر المتطرفة التي تنكر وجود الفرد لصالح المجتمع، و يعتبر ذلك الأخير موجودا في ذاته و خارجا عن الأفراد الذين لن يكونوا إلا من نتاجه كأوراق أو كالثمار تعتبر إنتاجا للشجرة.

فهذا الاتجاه جاء كحل وسيط بين مفهومين مختلفين.

الأول يعتبر الحق الشخصي من خلق إرادي بحث.

و الثاني ينكر بدرجات وجود حقوق شخصية للأفراد.

¹ أنظ آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص 389.

² أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، دار النهضة العربية، طبعة 1991-1992، ص 27.

فالالتزام ينشأ من تلاقي المصلحة الفردية و المصلحة الاجتماعية، و الإرادة هي الوسيلة لتحقيق مصلحة صاحبها، و هي في ذات الوقت وسيلة لتحقيق غرض القانون الذي هو الخير العام، و الالتزام العقدي لا يمكن أن يكون له أثر ملزم إلا إذا توافق مع مقتضيات الخير العام. و هذا يعني أن الإرادة ليست وسيلة للخلق القانون إلا في الحدود التي تتوافق فيها مع هذا الهدف الأعلى و الأسمى، و مع القوانين الموضوعية التي تتفرع عنها¹.

هذا الاتجاه اعتراف بتكريس دور الإرادة في إنشاء الالتزام و إن كان القانون هو الذي يعترف بذلك الأثر، فأى أثر قانوني منسوب للإنشاء الحرّ أو للإرادة ليس له قيمة إلا بموجب القانون الذي أعطى للإرادة الفردية إمكانية إنتاج هذا الأثر².

فإرادة القانون تعلو على إرادة الفرد، و الإرادة هي التي وجدت لخدمة القانون و ليس العكس، و عليه فإن هذا الاتجاه قد رفض الأحادية الفردية و الأحادية الاجتماعية و فضل الثنائية الضرورية للإنسان و المجتمع³.

ثانياً: استبدال القانون كأساس لمبدأ سلطان الإرادة.

حسب النظرية التقليدية للعقد فالعقد عبارة عن تلاقي إرادات، و أن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد لأن الإرادة الحرة بذاتها جديرة بالحماية، فهدف القانون هو إنفاذ تلك الإرادات التي هي جوهر العقد و لكن هل هذا الافتراض صحيح؟⁴.

فالإرادة هي المشيئة أو انعقاد العزم على أمر ما⁵.

¹ أنظر: سمير عبد السيد تناعو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1، ص 327.

² أنظر: سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية الإرادة المنفردة، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1987، ص 213.

³ أنظر: آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص 390.

⁴ أنظر: آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص 390.

⁵ أنظر: منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 13.

و لكن قبل ذلك فإن ذهن المتعاقد ينصرف إلى التفكير في ذلك الأمر و تقدير مدى صلاحيته، ولكن هذه الإرادة قد تسيء تقدير هذه المصلحة لسبب معين أو لآخر كالسرعة أو إتباع ميول لحظية، فإذا كان الأمر كذلك فإنها تكون ذات طبيعة متغيرة لا يمكنها أن تلزم صاحبها حتى النهاية.

كما أنه من الصعب تجميد و إبقاء إرادة الفرد على نفس العزم طوال مدة تنفيذ العقد، حتى و لو نتجت عن تقدير سليم و عن كياسة و ترو، هذا لأن الإنسان ليس آلة بل له عواطف و أهواء و هي معرضة للتقلب تتحكم به و بإرادته، فقد تتكون لديه بعد التعاقد إرادة أخرى تخالف الإرادة الأولى تسعى إلى تحريره من تعهداته التي التزم القيام بها، لذلك فلا بد أن يكون مصدر إلزام الشخص شيئاً آخر غير إرادته و هذا الشيء هو القانون، فالقانون هو الذي يعطي للإرادة قدرة على ترتيب الأثر الملزم للعقد، و ذلك بأن يجعلها تلزم صاحبها ليس فقط لحظة الدخول في العلاقة العقدية و إنما أيضاً بالنسبة للمستقبل، و هو بذلك يضيف عليها عنصر الثبات و لهذا فإن القانون هو أساس القوة الملزمة للعقد¹.

هناك من الفقهاء من ينكر على القانون اعتباره جوهر العقد هو الإرادة الحرة لأطرافه، و يرون ضرورة استبداله بقانون يعتبر الإنسان نتاجاً اجتماعياً ولد مديناً للمجتمع الإنساني.

بل و يستوجبون تدخل القانون في العقد و ذلك بهدف تعطيل الأثر الضار للأناية الموجودة في الحرية، و لهذا يجب على القانون أن يقر أو يحضر أو حتى يفرض بعض الالتزامات من أجل الحد أو التخفيف من حرية الإرادة و أثرها الضار، فالإرادة لدى البعض لا تضيف و لا تثير شيئاً من النشاط إذ أنها ليست إلا تعبيراً ذهنياً و ما العقد إلا نتاج الثقة المشروعة التي تخلق النشاط².

¹ أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1998، ص191.

² أنظر آدم ابكر صافي النور، المرجع السابق، ص391.

و على هذا فإن جوهر العقد ليس إرادة أطرافه و إنها الثقة المشروعة و التي بسببها يجعل القانون العقد ملزم لعدم إهدار هذه الثقة.¹

فالعقد ينشأ دائما بإرادة أطرافه و لكن القانون هو الذي يحدد لتلك الإرادة شروط ممارستها لدورها في ترتيب الأثر، و صحيح أنه ليس هدف القانون ضمان حرية تلك الإرادة و تحقيق سلطانها لأن هدفه الأول هو تحقيق العدالة و مصلحة المجتمع ، و بالتالي فإن تلك الإرادة يجب أن تكون متوافقة مع ممارستها لدورها مع مصلحة المجتمع . و للمشرع أن يتدخل في تقييدها بغرض حماية الطرف الضعيف بموجب فكرة التضامن الاجتماعي.

و عليه فإن للقانون دوره كما للإرادة دور أيضا و أن القول بانعدام الإرادة في حياة العقد هو قول لا بجانبه الصواب، فالمتعاقد له مصلحة شخصية يريد تحقيقها من خلال إبرامه للعقد، و للدولة غرضها و هو تحقيق المصلحة العامة و لذلك فإنها قد تعطي قوة القانون لما اتجهت إليه إرادة الأطراف، و قيامها بذلك يعبر عن قرينة بسيطة و هي تكافؤ المصالح و تعادل القيم.²

و إذا حدث و أن إنهدمت هذه القرينة بفعل الواقع أظهر عدم عدالة العقد أو إضراره بالمصلحة العامة، فإنه لن يحوز على القوة الملزمة، "فالعقد ليس شيئا يحترم لذاته لأنه توافق إرادات..."، فالعقد يحترم إعمالا للتضامن الإنساني و الاتفاق الذي لا يمكنه أن يؤدي إلا إلى نتائج مخالفة للمصلحة العامة غير جدير له بالاعتراف بالقوة الملزمة.

فالعقد ضرورة من الضرورات الاجتماعية و هو وسيلة لتحقيق الخير العام الذي هو غاية القانون، و هو الذي يولد القوة الملزمة للعقد، فالقانون لا يعطي للأفراد إرادة حرة مطلقة و إنما يعطيهم حرية نسبية يحتاجها الأفراد من أجل القيام بمهمتهم في الأرض، لتجميع أنشطتهم نحو

¹ أنظر: آدم بكر صافي النور، المرجع السابق، ص391.

² أنظر : جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، الجزء الأول مطبعة، جامعة القاهرة، ط1976، ص

الغايات المشتركة و تنظيم دور التضامانات الاجتماعية و أيا كان ذلك بالنسبة للجميع فإنه في الحد الأقصى مصدر للخير و في الحد الأدنى مصدر للضرر¹.

و منه فإن الإرادة ليست غاية القانون فهو لا يرتب عليها أثر ملزما تحقيقا لسلطانها، و إنما هي وسيلة لتحقيق الخير العام و العدالة، و هي إن لم تحقق ذلك أو بالأحرى خالفته فلا سبيل لإعطائها الأثر الملزم².

الفرع الثاني: نقد الأساس الاقتصادي و فكرة عدالة العقد.

بمجيء القرن التاسع عشر (19) و ظهور الحرية الاقتصادية و التي أفرزت حرية التعاقد، و إذا جعلت للعقد في ذاته قدرة على خلق العدالة الذاتية التي لا يمكن البحث عنها خارج العلاقة، فالشخص له حرية التعاقد اختيار من يتعاقد معه، و اختيار شروط العقد التي يرتضيها، و الشخص العاقل الذي يتمتع بالحرية و المساواة مع شريكه و يسعى إلى تحقيق مصلحته، لا تتجه إرادته إلى ما يلحق به الضرر و إنها تتجه نحو ما يحقق العدالة لعلاقته العقدية³.

و الحال كذلك فإن النظرية القانونية التقليدية قد أغفلت احتمال وجود عدم تعادل من الناحية الواقعية بين المتعاقدين، و الذي في حال تحققه يتنافى معه افتراض وجود حقيقي للاختيار الحر و السبب في ذلك راجع إلى أنها اهتمت و حسب بالعدالة التبادلية أو التصحيحية، ولم تهتم بالعدالة التوزيعية إذ أن هذه الأخيرة لم تدخل ضمن اختصاص قانون العقود⁴.

لذلك فإنه في إطار هذه النظرية يتركز جل اهتمام القانون في العمل على تنفيذ العقد و إلا ترتب عن ذلك عن مساس بعدالة العقد.

¹ أنظر سمير السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 117.

² أنظر: آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص 393.

³ أنظر: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 99.

⁴ أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 55

و لكن افتراض ملازمة العدالة للعقد الناتج من حرية و عدالة أطرافه، قد يكون مقبولا في الزمن الذي كانت لا تزال فيه الصناعة و التجارة تحفظان بالطابع الحرفي و العائلي، أي ذلك الزمن الذي كان يطغى فيه على العلاقات العقدية الطابع الشخصي، و الذي كان فيه بإمكان الأفراد عقد صفقاتهم بعد إجراء مفاوضات تسمح على الأقل بتحديد العناصر الجوهرية للعقد، و بالرغم من ذلك لم تكن العلاقة عادلة، إلا أن عدم عدالتها لم تكن تتخذ الشكل المؤسسي¹.

و بظهور الصناعات الكبيرة لتي اتخذت الشكل المؤسسي أو المشروع تغير الوضع و أدت الحرية المنادى بها إلى اضطرابات في توزيع الثروة، إذ تكدست في يد قلة من أبناء كل دولة، و أنشأت الشركات الضخمة و اتحادات المنتجين الذين تحكّموا في المستهلكين و في العمال الذين يستخدمونهم و أمّلوا شروطهم على هذه الفئات²، حيث لم يعد مقبولا تساوي المواطنين في المركز الاقتصادي و بالتالي حريتهم في التعاقد³.

و بذلك فإن نظرية التقليدية لم تعد تتماشى مع الوضع الاقتصادي الجديد، و ذلك لإغفالها للضغوطات الاجتماعية و الاقتصادية و التي غالبا ما أجبرت الشخص على التعاقد بدافع الحاجة للحصول على السلعة و الخدمة أو لتوفير مقومات الحياة المعيشية⁴ بشروط تعسفية غير قابل للنقاش تقوم بوضعها الشركات أو اتحادات المنتجين... إلخ في صورة عرض موجه للعامة، و يقتصر دون الراغب في التعاقد إما قبولها جملة و تفصيلا أو رفضها دون أن يكون له حق مناقشتها، و بذلك فإن المستهلك يبقى حرا من الناحية النظرية و لكن اختياره دائما يكون مقيدا بأخذ كلها أو تركها كلها⁵.

¹ أنظر منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص 10

² أنظر محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 10.

³ أنظر: فضلي إدريس، مرجع السابق، ص 42.

⁴ أنظر: حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص 13.

⁵ أنظر، آدم ابكر صافي النور، المرجع السابق، ص 395.

و استفحل استخدام هذه العقود على نطاق واسع إلى أن وصل بين رجالات الأعمال أنفسهم، حتى و إن وجد هناك مجال في مثل هذه المعاملات للتفاوض و المساومة، إلا أن القاعدة المعمول بها هي أن معظم الشروط لا يمكن التفاوض عليها بل تبقى مفروضة.

و عليه فإن الافتراض الذي جاءت به النظرية التقليدية (حرية و تعادل المتعاقدين) و بنت عليه عدالة العقد، هو افتراض كذبتة الحقائق إذ بينت عدم تمتع أحد الأطراف بحرية التعاقد أو حرية قبول شروط معينة، و هو ما يؤكد عدم وجود مساواة أو تعادل بينهم خصوصا من الناحية الاقتصادية، و أصبحت الإرادة الحرة ليست إلا إرادة تستطيع فرض نفسها على إرادة أخرى¹.

و منه هل يمكننا اعتبار إرادة الطرف الضعيف مصدر إزماءه؟ و أنه لم يلتزم إلا لعدالة التزماءه؟ و هل الإرادة المقهورة و الواقعة تحت ضغط الحاجة تسمى إرادة حرة؟.

و في ذلك يقول البعض و بحق "إن القول بأن توافق الإرادة و بالضرورة عادل، هو بمثابة منح ترخيص بالسلب و النهب للقراصنة و قطاع الطرق و تبرير حقهم في الإستلاء على كل ما تقع عليه أيديهم"².

إذن فالعدالة لا تنشأ من العقد و إنما العقد يتمتع بقريئة بسيطة و هو أنه يلحق به العدل، و هذه القريئة قد تنهدم أمام ما تظهره الحقائق، و هذا صحيح لأن الحرية و المساواة المدعاة بين المتعاقدين هي مساواة اسمية تخفي وراءها عدم مساواة حقيقة فغالبا ما توصل المرء إلى أن الالتزامات لا يتم التراضي عليها بحرية و إنا هي مفروضة من قبل الأكثر قوة على الأكثر ضعفا و عليه فإن الإرادة الحرة لا تحقق دائما عدالة العقدية و بالتالي ينبغي علينا استبدال عبارة "هذا يعتبر عادلا لأنه ما أراداه الأطراف" بعبارة هذا ما يجب أن تتجه إليه الإرادة لأنه يعتبر عادلا³.

¹ أنظر: آدم ابكر صافي النور، المرجع السابق، ص 395-396.

² أنظر: سمير عبد السيد تتاغو، المرجع السابق، ص 136.

³ أنظر: آدم ابكر صافي النور، المرجع السابق، ص 396.

و إذا افترضنا تحقيق الحرية و المساواة بين الأطراف و أن إرادتهم اتجهت إلى ما هو عادل، ثم طرأت ظروف بعد إبرام العقد أدت إلى إخلال توازن الأداءات المتبادلة بين الأطراف، فإن الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين على إطلاقه سيملي على القاضي و الأطراف العمل على تنفيذ هذه الأداءات حتى ولو أحدثت ضررا كبيرا بأحدهم، و لكن ألا يكون الاحترام الصارم لذلك المبدأ في هذه الحالة مخالف للعدالة؟¹.

و منه يمكن استنتاج أنه لا بد من وجود آلية لإعادة التوازن بين أطراف العقد، عند حدوث ظروف تؤدي إلى اختلاله، و لا يكون ذلك إلا بتدخل القانون، و ذلك بإعطاء القاضي سلطة رقابية تمكنه من حماية الطرف الضعيف من سطو القوة و إضراره بالمصلحة العامة.

و بذلك فإن المشرع يضمن العدالة العقدية التي توصل إليها الأطراف و العدالة الموضوعية المتوافقة مع المصلحة العامة، و إذا كانت العدالة العقدية تعني احترام الشخص لتعهدده و هي في ذلك تتطابق مع أعمال مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن هناك عدالة أخرى و هي الإنصاف و التي تعني احترام القاعدة القانونية².

¹ أنظر: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 70.

² أنظر: اد ابكر الصافي النور، المرجع السابق، ص 379.

المبحث الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة و تقييده.

في أواخر القرن التاسع عشر (19) و بداية القرن العشرين (20) أصبح مبدأ سلطان الإرادة يعاني من القيود، منها ما يمتد إلى أساسه فاهتز بشدة و أدت هذه الهزة إلى ما كاد أن يؤدي به¹ بسبب ما نتج عنه من إفراط في تمجيد الإرادة و استخفافه بالعقل و المنطق.

كما أن التطور الحاصل في المجتمع في شتى المجالات الاقتصادية و الاجتماعية و الفكرية أظهر نقائص المذهب الفردي و ما نتج عنه من مبادئ و قواعد تحكم العقد².

هذه العوامل كثيرا ما قلصت من المبادئ التي وضعتها النظرية التقليدية، الأمر الذي دفع أصحاب المذهب الفردي للتدبير بالأزمة التي لحقت العقد في تصويره و مبادئه.

فظهر المذهب الاجتماعي الذي جاء بفلسفة جديدة تسمح بتدخل التشريع و القضاء في العلاقات التعاقدية، حماية للطرف الضعيف في مواجهة الطرف الأقوى³.

المطلب الأول: أهم المبررات التي ساعدت في إنتكاس مبدأ سلطان الإرادة.

إن أهم المبررات التي ساعدت في إنتكاس مبدأ سلطان الإرادة هي بروز المذهب الاجتماعي و تطور الفقه و القانون المقارن و سوف نقوم بعرض ذلك في الفرعين الأساسيين

الفرع الأول: ظهور المذهب الاجتماعي.

لقد جاء المذهب الاجتماعي - كما سبق الإشارة إليه - بفلسفة جديدة يقوم على أساسها العقد و المبنية على الجانب الاجتماعي و الاقتصادي.

¹ أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 47.

² أنظر: بلحاج العربي، النظرية العام للالتزام القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التصرف القانوني العقد الإرادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 43.

³ أنظر: علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص 51

إذ يرى أنصار أنه من الجواب إقامة عدالة جديدة بين أفراد المجتمع، و ذلك باقتراح تصور جديد للعلاقة الأساسية التي تربط الفرد بالمجتمع و التي تقوم على مبادئ جديد، حيث تسمح بتدخل التشريع و القضاء في العلاقات التعاقدية دون الإعلان عن نهاية مبدأ سلطان الإرادة و إنما الحد من الأعمال المطلقة له، و حماية الفرد على حساب المجتمع و هذا ما أسماه أنصار المذهب الفردي بالأزمة التي لحقت للعقد¹، إضافة إلى خضوع الإرادة للنظام العام و تطور وظيفة الدولة.

أولاً: سيادة المذهب الاجتماعي.

و الذي يقيم فلسفته على الجانب الاقتصادي و الاجتماعي للعلاقة العقدية ليس على إرادة أطرافها فقط، الأمر الذي أدى إلى ظهور أزمة جديدة للعقد، حيث ساد الفقه الفرنسي نقاشاً واسعاً حول القوة الملزمة للعقد إما بتأكيديه أو برفضه متمثلاً في ثلاثة اتجاهات و هي:

- أ - الاتجاه الراديكالي:

و من أكبر رواده الفقيه روهات (rouhaette) حيث يقول: " ...العقد ليس باتفاق إرادتين،... القوة الملزمة لم تؤسس عند محرري التقنين على احترام الإرادة و لكن على الضرورة الاجتماعية، استقرار التعهدات التعاقدية... و إعمالاً لسنة التطور الحاصل في العالم منذ سنة 1804م فقد اندثرت الفردانية و لم تعد الإرادة ملزمة إلا لأنها تحت سلطة القانون²."

فلو تصفحنا هذا القول بتمعن نجده يتجاهل مبدأ القوة الملزمة للعقد و يقصي وجوده.

¹ أنظر علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، ط2010، المرجع السابق، ص41.

² ... le contrat, n'est pas un accord , de volontés,....la force obligation du contrat n'aurait pas été fondée chez le rédacteurs du code sur respect de le volonté mais plutôt sur le nécessité social de a stabilité des engagement contractuels,...en s'attachant a l'évolution depuis 1804, le monde a' change l'individualisme s'efface, la volonté n'oblige que parce qu'elle est sous la dépendance de la loi.-Malaurie ph, aynes,et Stofflet munck , droit civil des obligation déferions , paris 02 édition , 2005 , p375.

- ب - الاتجاه الثاني:

يسميه الفقيه "فرانسوا جيني" (francois geny) حرية البحث العلمي إذ يؤكد على المبدأ بقوله "...علينا الإبقاء على مبدأ مع ملاحظتنا أن قوة الإرادة ليست مطلقة، إنها تصطدم بحقائق خارجة عنها و بضرورات التنظيم الاجتماعي¹ و ما يلاحظ أن هذا الرأي أكثر اعتدالا من الأول".

-ج- و هناك اتجاه ثالث:

ينقد الأساس الفردي لقوة العقد بتأكيده على ".احترام القوة الملزمة للعقد قد ينتج عنه اللاعدل و القوة الملزمة يجب أن تكون محدودة بفكرة التضامن التعاقدية أو بالنظرية الاجتماعية للعقد..." إن الرفض المعاصر لهذه النظرية هو مصدر الأزمة الجديدة للعقد، و تطبيق هذه النظرية يتطلب تدخل قضائيا و مركزا².

و منه يمكن القول أن تقديس حرية التعاقد هي التي أفرضت هذه الأزمة، و إن كان لابد من ترجيح بعض الآراء فإنه ينصب على الرأي الثاني و الثالث لاعتدالهما في طرح المبررات التي تجعل من مبدأ القوة للعقد محدودا و غير مطلق، و ذلك بإعطاء المشرع و القاضي سلطة التدخل للموازنة بين المصالح الاقتصادية و الاجتماعية للرابط العقدية .

ثانيا: محدودية الإرادة و خضوعها للنظام العام

بظهور و ازدهار المذهب الاجتماعي انتكس المذهب الفردي و تقيدت الحرية العقدية وفق ما تستلزمه مقتضيات النظام العام و الآداب العامة.

« ...on dot maintenir , le principe, tout en soulignant que la puissance de la volonté n' est pas absolue, elle se heurte aux réalité, qui lui sont extérieures et aux nécessites, de l' organisation social Malaurie ph, aynes1 et » stoffel. Munck ph., op cit , p 358.

² « ...respecter la force obligation du contrat peut s'averer injuste, la force obligation de vait être bornée par le solidarisme contractuel, ou encore la théorie social du contrat, le rejet contemporain de cette théorie serait a' l'organe d' une nouvelle cris du contrat,... en pratique, cette théorie réclame un interventionnisme judiciaire accru... » - malaurie ph, aynes1, et stoffel, munck ph, op, cite p 359.

و هناك توافق على الاعتراف بأنه يجب أن يتمكن المشرع و القاضي من تأمين تطابق العقد مع المصلحة العامة و النظام العام أو الخير العام لأن المصلحة العامة أسمى من الحرية .

و لقد تطور النظام التعاقدى إلى أن اتصف بالحماية حيث أنه أداة لحماية مصالح المتعاقد في مواجهة الطرف الآخر، في عقد من شأنه أن يفرض عند انعقاده شروط تتعدم فيها الحرية التفاوض بين الأطراف، فالنظام العام يفرض عند تكوين العقد و يخضعه إلى شروط موضوعية و شكلية إلزامية يقرها القانون، و إن عدم مراعاة هذه الشروط يؤدي حتما إلى بطلان.

و الأرضية المثلى لهذه الحماية العقدية تكون في عقد الإذعان الذي يفسر و يقرر بإرادته أحد المتعاقدين، في حين يقف الطرف الآخر جامدا و يقتصر دوره في قبول العقد دفعة واحدة، و ذلك بالامتثال لما يقرره و يفرضه المتعاقد الأول و إن كل تفاوض من أجل التنازل عن الشروط مستبعد¹.

ثالثا: تطور وظيفة الدولة.

أصبحت الدولة تتدخل في الميدان الاقتصادي و تتحكم في تسييره و توجيهه من جهة، و تتكفل بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا و اقتصاديا و ثقافيا من جهة أخرى، و لقد تأثرت نظرية العقد بهذه المهام الجديدة للدولة، فاهتمام الدولة بالميدان الاقتصادي عن طريق تسييره و توجيهه جعلها تتدخل في معاملات التعاقدية، و التي يباشرها الأفراد و بذلك بتنفيذ إرادتهم من عدة جوانب، و عبر الفقه عن هذه الظاهرة بتعميم العقد (publicisation du contrat)، أي أن العقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة، بحيث تشارك إرادة الطرفين في تكوينه و تحديد مضمونه.

و قد يحل القانون و لو جزئيا محل إرادة الطرفين في تكوين العقد و تحديد مضمونه و قد يستغني المشرع في بعض الأحيان عن فكرة العقد تماما، و من ناحية أخرى لم يبق العقد قاصرا

¹ Christian l'arroumet, droit civil, les obligatoires , le contrat tonm3..4eme édition, p101.

على التعامل بين أشخاص القانون الخاص باعتبار المساواة و العدل التبادلي اللذان تقوم عليهما علاقتهم المختلفة، بل أصبح أيضا وسيلة يتعامل بها أشخاص القانون العام في مختلف تعاملاتهم، و يرجع ذلك على محاسن هذه التقنية في تحقيق المصلحة العامة.

أما تكفل الدولة بحماية التعاقد الضعيف اجتماعيا و اقتصاديا و ثقافيا قد جعل العقد يخرج من نزعته الفردية إلى نزعته الاجتماعية، حيث أصبح العقد الذي كان يعتبر مجرد شأن للمتعاقدين دون غيرهم يهم المجتمع، فالعقد يعتبر وسيلة من الوسائل الحياة الجماعية و أداة لتحقيق النفع العام و عبر الفقهاء عن هذه الظاهرة بجمعية العقد (du contrat socialisation)¹.

إن هذا التطور في وظيفة الدولة ليس معناه القضاء على مبدأ سلطان الإرادة، بل هو تحويل مبدأ حرية الإرادة الفردية إلى مبدأ سلطان الإرادة الجماعية²، و في هذا يقول الفقيه جوسران (josserand): " إن العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف و لم يعد اتفاقا منعقدا في ظل الحرية التعاقدية و مجزئ بفعل الإرادة المتساوية الحرة، و أصبح موجها سواء من السلطة العمومية أو من أحد الأطراف الذي يفرض صيغته و شروطه على الأطراف الأخرى"³.

الفرع الثاني: تطور الفقه و القانون المقارن للعقود.

كنتيجة للتطورات الحديثة في حياة العلمية و القانونية سواء على المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي، أو على مستوى العلاقات القانونية و التعاقدية الواسعة، و بعد تراجع مبدأ سلطان

¹ أنظر: علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط 2010، ص53.

² أنظر: محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري، ط1990، ص174.

³ « ...le contrat pour sortir de plus en plus de l'action conjointe des parties a' l'accord n'est pluens session a' la lumière de le liberté contractuelle et brisé par une volonté libre, égal, et dirigé la fois l'autorité publique ou de l'une des parties ou de l'une des parties, ce qui impose des conditions a' la formule et les autres parties »

انظر في ذلك عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص 115.

الإرادة أمام نمو ورقي التضامن و العدالة الاجتماعية، و عدم قدرة المبادئ الكلاسيكية المنظمة للعلاقات التعاقدية على مواكبة هذه التطورات و المواقف التي أنتجها الواقع، و تطور قانون العقود المقارن أفرز أفكار و مبادئ جديد جاءت لتجديد و تكيف قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و لتسبغ انطلاقا عصرية للمفهوم التعاقدى¹ وفق المعطيات الجديدة التي جاء بها الفقه، و تتمثل في نظريتين هامتين و هما نظرية النفع و العدل في الفقه اللاتيني و نظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي.

أولا: نظرية النفع و العدل في الفقه اللاتيني:

(la théorie de l'utile et le juste)

يقول الفقيه جاك غيستان (J. Ghestin): "أن تراجع مبدأ سلطان الإرادة نتيجة لما لقيه من انتقادات، أفرز بدائل جديدة تقوم مقامه و هذه البدائل هي النفع و العدل، و مؤدي هذا الكلام أن العقد يتمتع بالقوة الإلزامية إلا إذا كان مقيدا.

و بالحديث عن النفع فإن المنفعة نوعان:

إحدهما خاص تعود على الشخص بعينه و أخرى تعود على المجتمع²، و القانون الوضعي لا يعرف إلا بالمنفعة العامة، لذلك تتدخل النصوص الآمرة لفرض النظام العام و إخضاع العقد لمقتضياته، كما هو الشأن في إلغاء الشروط التعسفية المفروضة على المستهلك لأن ذلك يمثل إساءة المهني لاستخدام قوته الاقتصادية، و عليه أصبح مكننا قبول مشروعية

¹ أنظر: جاك غيستان، (J-Ghestin)، المرجع السابق، ص 188.

² pour revoir le principe de l'autorité a' la suite de la critique , a entraîné de nouvelles alternatives a' la place et ces alternatives sont bénéfiques et justice, et l'implication de cet exposé que le contrat a une force contraignante que si elle est restreinte ou équitable, et de parler de la prestation, au profit de deux types :bun rendement privé en particulier d'une personne et l'autre a' la société.

أنظر في ذلك جاك غيستان، المرجع السابق، ص 231-232.

تبعية العقد للمصلحة العامة¹. و يضيف الأستاذ غيستان (J. Ghestin) أن العقد أداة مهمة و مفضلة لدى الأفراد للتبادل و تحقيق المنفعة الاقتصادية المبنية على الائتمان و التبصر و التوقيع ، و هو ما يتناسب مع توجه الاقتصاد الحر المعاصر الذي يأخذ منحى خاص في الحضارة الغربية².

و يقول الفقيه جونو (Gounot): "...يشعر الناس بالحاجة إلى إدراك المستقبل في عمل توقعي... و الحصول مقابل خدمات آنية على منافع مستقبلية أو مقابل منافع مستقبلية للخدمات الحالية³، أما عن العدل فإن العقد لا يكون ملزم إلا لكونه يحقق التوازن و العدالة التي تقتضي إعادة التوازن بين الالتزام و التعهدات بواسطة العدالة التجميعية أو التصحيحية.

ثانيا: نظرية التوقع المعقول في الفقه الأنجلو أمريكي

(the théorie of reaasonable expectation)

تقوم هذه النظرية على فكرة موضوعية جديدة و هي الثقة و التوقع المعقول و المشروع للدائن في الالتزام⁴.

أي أن العقد عمل منطقي بين الدائن و المدين فيه العناصر الشخصية التي هي الإرادة و الرضا، و العناصر الموضوعية التي هي قواعد التوازن و المنطق، و المنطق في تنفيذ العقد يتطلب التنفيذ بحسن نية، و تلك هي المعقولية و المشروعية المطلوبة التي تقابل مشروعية السبب و المعقولية أثناء مرحلة التكوين تتطلب أن يتدخل القاضي غالبا أو المحكم أو لجان الشروط التعسفية و لجان حماية المستهلك للنظر في توقعات المتعاقد، و مدى معقوليتها و

¹ أنظر: عباد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص35.

² أنظر: عبد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع، ص37.

³ Les gens se sentent le besoin de comprendre l'avenir dans le travail de mes attentes ... et obtenir en temps réel pour les services d'avantages sociaux futurs , ou pour des avantages sociaux futurs pour le service courant

انظر: في ذلك جاك غيستان، المرجع السابق، ص 252.

⁴ أنظر: عباد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 37.

منطقيتها من عدمه لتصحيح عدم التوازن بين الأداءات التعاقدية، إذا كان هذا الاختلال يتعارض مع ما يقتضيه المنطق و العقل من تناسب و عدالة.

ففي مجال القانون الخاص نجد أن العقود الاستهلاكية لم تعد تطبق عليها القواعد العامة المتعلقة بعقود البيع المؤسسة على الإرادة، بل اكتسحتها قواعد خاصة تحدد حقوق و التزامات الأطراف لحماية المستهلك، و السبب في ذلك يعود إلى فكرة موضوعية جديدة و هي التوقع المشروع للمستهلك¹.

ولقد كانت القوانين الغربية سباقة إلى تبني هذه المرونة في مختلف أحكامها، خاصة القانون الفرنسي وذلك من خلال المواد (من 1386 مكرر 1 إلى المادة 1386 مكرر 18) من القانون المدني حيث خصص 18 مادة لتنظيم مسؤولية المنتج في مجال حماية المستهلك².

كما أن القانون المصري كرس و لو جزئيا نظرية النفع و العدل بإسباغ المرونة على مبدأ سلطان الإرادة، و لقد قال الأستاذ السنهوري في هذا السياق: "...وقف التقنين الجديد من مبدأ سلطان الإرادة موقفا معتدلا فلا هو انتقص منه إلى حد جعله يفني في سلطان المشرع و سلطان القاضي، إذا لا يزال الأصل أن الإرادة حرة تتحدث من آثار القانونية ما تتجه إحداثه و له تركه يظغى فيستبدل بإنشاء علاقات قانونية و تحديد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة و مقتضيات العدالة"³.

أما المشرع الجزائري فقد تأثر هو الآخر بهذا التطور و ذلك من خلال اتساع مجال العلاقة العقدية بين المتعاقدين، فبعد أن كانت العلاقة في الفكر التقليدي لا تتعدى أطراف العقد، و أن الالتزامات الناشئة عن العقد هي التي تلزم الجانبين دون سواها، فإن القضاء الجزائري سعيا منه لتوفير الحماية الأمتل للطرف الضعيف فقد حد من تطبيق مبدأ الأثر

¹ أنظر: فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 42.

² L'article 1386/1 du c f dispose : « le producteur est responsable du dommage cause par un défaut de son produit. qui. il soit ou non lie par in contrat avec la victime ».

³ أنظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد، العمل الغير مشروع، الإثراء بلا سبب، القانون، منشأ المعارف الإسكندرية، مصر، ط 2004، ص 70.

النسبي للعقد، الذي لا يجيز للمتعاقد الرجوع إلا على الطرف المتعاقد معه حيث أصبح مقرر لصالح الضحية دعوى مباشرة ضد المنتج حتى و لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية¹.

و لقد اعتمد المشرع هذه الاجتهادات القضائية في إحداث و إصدار تشريعات خاصة لصالح الضحايا، منها ما يتعلق بحماية المستهلك²، و يظهر ذلك من خلال المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، حيث تعتبر هذه المادة من بين ما استحدثه المشرع مؤخرا في القانون المدني حيث أضيفت بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005³.

إضافة إلى هذا فقد رتب القضاء التزامات عدة على عاتق البائع منها الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالإفشاء و الالتزام بالتحريم و الالتزام بالسلامة... إلخ حيث اعتبرها القضاء من بين الالتزامات المتعلقة بطبيعة العقد⁴، وهذا ما سنراه في وقته.

الفرع الأول : القيود على حرية التعاقد و عدم التعاقد.

إن تدخل الدولة المتزايد بقواعد قانونية بهدف حماية طائفة من الأفراد، أدى إلى وجود ظاهرة تدعى الإجبار على التعاقد، التي تقضي بأن الشخص مجبرا على التعاقد بحكم القانون، و هذا إما حماية للمصلحة الخاصة أو تحقيقا للمصلحة العامة في المجتمع⁵.

أولا: الإجبار على التعاقد في نطاق الملكية.

إن الملكية حق مطلق، بحيث ينفرد المالك لوحده بمزايا الشيء دون أن يشاركه في ذلك غيره من الأشخاص، و تترك له حرية في استعماله دون أن يكون مسؤولا عما ينجر عنه من

¹ أنظر: علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، موفم للنشر، الجزائر، ط 2007، ص 272-273.

² انظر علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 268.

³ م 140 مكرر (ق.م.ج) تنص على " يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتجه حتى و لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

⁴ انظر: علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 267.

⁵ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 77.

أضرار¹، إلا أن هذا الحق -حق الملكية - قد يورد عليه القانون حقوق كمصلحة الغير، من بينها حق المجرى و حق المرور، كما قد ينجر الشخص على التعاقد و ذلك بنزع الملكية الفردية من يد صاحبها مراعاة لمصلحة فردية أخرى، عندما تظهر أن هذه الأخيرة هي أولى بالاعتبار و العناية، كما هو الحال في الشفعة².

1- حق المجرى:

قد تكون الأرض المراد ربيها بعيدة عن مورد المياه، بحيث يتحتم مرور المياه إليها من الأرض الجار، فيقرر لها الحق المجرى إذا توفرت الشروط المقررة قانونا

لذا يقصد بحق المجرى، مرور المياه إلى أرض بعيدة عن موردها عبر أرض مملوكة لشخص آخر، و مقابل ذلك فقد أقر القانون لمالك الأرض المقام عليها المجرى الحق في تعويض عادل مقابل تعطيل الأرض المقام عليها المجرى³.

تنص المادة 94 من قانون المياه على أنه: "يستفيد كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص حائز رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية من حق مرور المياه"⁴

2- حق المرور:

يقرر القانون لمالك الأرض المحبوسة عن طريق العام حق المرور في الأرض المجاورة له، في سبيل الوصول إلى الطريق العام، يتقرر هذا الحق جبرا على مالك الأرض المجاورة، وذلك

¹ مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، ط2، الفتح للطباعة و النشر، الإسكندرية، 2000، ص 31.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 116.

³ مصطفى محمد جمال، مرجع السابق، ص ص 240-241.

⁴ قانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 سبتمبر 2005، يتضمن قانون المياه، ج.ر.ج.ج، عدد60، صادر في 04/09/2005،

تفاديا لتعطيل الأرض المحبوسة عن الاستغلال أو الإنتفاع بها، ويكون القانون في هذه الحالة قد قيد ملكية الجار، بأن سمح للغير بالمرور في أرضه رعاية لمصلحة هذا الأخير¹.

يثبت حق المرور إذا كانت الأراضي التي يملكها الشخص محصورة، و ليس لها ممر أو كان غير كاف ليصلها بالطريق العام، بالمقابل من ذلك فقد خص المشرع نتيجة الأضرار التي قد تتجر بتعويض صاحب الأرض، و هذا ما نصت عليه المادة 693 من ق.م.ج التي جاء فيها: "يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام... أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك".

- 3- الشفعة:

إن القانون قد يفرض على الأفراد التعاقد مع شخص معين دون أن تكون له حرية اختيار الطرف الآخر، و بذلك نجد أن الشخص يجبر على التعاقد مع من خوله القانون حق الشفعة².

يقصد بالشفعة، رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار³، لذلك فالشفعة تعد قيودا على حرية التصرف لأنها تؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري في ملكية المبيع ولو جبرا عنه.

بالتالي فالمادة 795 من ق.م.ج حددت الشخص الذي يثبت له حق الشفعة كآتي: "يثبت حق الشفعة و ذلك مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثروة الزراعية

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة.

- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي .

¹ محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول: حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص67.

² بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 72.

³ حيث تنص: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار..."

- لصاحبها حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها"

ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع قد استمد نظام الشفعة من الشريعة الإسلامية التي قررت بدفع ما قد يصيب الشفيع من ضرر نتيجة اتصال ملكه بالعقار المبيع، كما أن لهذا النظام فائدة اقتصادية تمكن في إعادة تجمع ما تفرق من سلطات الملكية في يد مالك، بحيث تزيل تعدد الحقوق على ذات الشيء و الذي يؤدي إلى تعطيل الانتفاع به على الوجه الأكمل¹.

ثانيا: نزع الملكية الخاصة للمصلحة العامة.

رخص المشرع الجزائري للإدارة سلطات استثنائية، فمكناها من الحصول على العقار المطلوب امتلاكه دون موافقة و رضا صاحبه².

على الرغم من قدوسية حق الملكية، إل أنه قد تضطر الدول للمساس به، أي أن هذا الحق ليس مطلق، وذلك تحت وطأة الحاجات الاجتماعية المتزايدة التي تدفعها للتكفل بوظائف أخرى إضافة إلى وظائفها التقليدية التي لها الصلة بالمصلحة العامة كبناء المدن و شق الطرقات و المطارات³.

لذلك يعرف نزع الملكية للمنفعة العامة بأنه قيد قانوني بموجبه تجبر الإدارة الفرد التنازل عن ملكيته الخاصة مقابل تعويض مسبق و عادل، لغرض إنجاز أعمال ذات منفعة عمومية⁴.

هذا ما أكدته المادة 1/677 من ق.م.ج التي تنص على أنه: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإرادة الحق

¹ مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص 448.

² خواجدية سميحة حنان، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2008، ص 97.

³ إبراهيم سهام، "فكرة المنفعة العمومية في نزع الملكية"، مجلة الشريعة و القانون، العدد 55، الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص 338.

⁴ خواجدية سميحة حنان، المرجع السابق، ص 98.

في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف و عادل".

ويشترط القانون أن يكون إجراء التصريح بالمنفعة العمومية مسبقاً بتحقيق يرمي إلى إقرار بثبوت هذه المنفعة، وفقاً للمادة 04 من قانون نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، التي تنص: " يكون إجراء التصريح بالمنفعة العمومية مسبقاً بتحقيق يرمي إلى إقرار بثبوت هذه المنفعة"¹.

الفرع الثاني: القيود الواردة على حرية تحديد آثار العقد.

إن الإرادة كما رأينا سالفاً تقوم مقام القانون، حيث تمنح لأطراف الحرية في تحديد مضمون العقد، و ذلك بتحديد الشروط و الآثار التي يرتضيان بها، غير أن هذا الأمر ليس على إطلاقه، على أساس أن هناك بعض العقود ينفرد في تحديد شروطها أحد الأطراف دون الآخر هذا من جهة، و من جهة أخرى لما كانت المصلحة الخاصة لا تتفق دائماً مع المصلحة العامة، فإن المشرع حماية للمصلحة العليا قام بفرض بعض القواعد الآمرة التي لا يجوز لأطراف التعاقد الخروج عنها².

هذا ما يجرنا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين : الأول نبين فيه عقود الإذعان كقيد وارد على مبدأ سلطان الإرادة، أما الثاني سنخصصه للنظام العام و الآداب العامة.

¹ قانون رقم 91-11 مؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج.ر.ج.ج، عدد 21، صادر في 1991/05/08، معدل و متمم.

² حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 202.

أولاً: عقود الإذعان كقيد على مبدأ سلطان الإرادة.

تعد القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد أطراف العقد بسبب سلطته الاحتكارية لمنتوج أو خدمة مظهرها يسمح له بجعل العقود التي يبرمها عقود غير تفاوضية معدة مسبق، حيث لا يملك فيها الطرف الآخر سوى قبولها أو رفضها¹، وهذا ما يسمى بعقود الإذعان².

- 1 - تعريف عقود الإذعان:

لم يجمع الفقهاء على تعريف موحد لعقود الإذعان، كما لم يرد في التقنيات الحديثة تعريف محدد لها، و إنما اكتفت هذه الأخيرة بوصف القبول فيها، و عليه يمكن تعرف عقد الإذعان بأنه: هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، و تملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، و تفرضها مسبقاً، و من جانب واحد، لا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد³، كما يعرف أيضاً على أنه: عقد يسلم فيه القابل بشرط مقرر يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها، و يكون ذلك متعلق بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي أو موضع منافسة محدودة النطاق، أي هو العقد الذي ينفرد أحد المتعاقدين بوضع شروطه، و لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو بعضها، و ليس له أن يناقش هذه الشروط أو يضيف إليها أو ينقص منها أو يعدل فيها⁴، و من أمثلة عقود الإذعان نجد عقود العمل في الصناعات الكبيرة، عقد التأمين، عقد النقل بالسكك الحديدية...إلخ.

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 12

² يطلق الفقه الفرنسي على عقود الإذعان بعقود الانضمام، لأن من يقبل فيضم إليه دون مناقشة.

³ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 23.

⁴ ذنوت يوسف صالح، إبراهيم عنتر، "التنظيم التشريعي لعقود الإذعان في القانون المدني العراقي"، مجلة جامعة العلوم

القانونية و السياسية، العدد 05، 2002، ص 42.

- 2 - الطبيعة القانونية لعقود الإذعان:

إن الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان هي السبب في اختلاف الفقهاء حول طبيعة هذا العقد، حيث انقسم الفقهاء إلى فريقين، الأول يرى أن عقد الإذعان مركز قانوني منظم - ليس عقدا حقيقيا - و الثاني يرى أنه علاقة عقدية، و لا يختلف عن سائر العقود¹.

- أ - عقد الإذعان مركز قانوني منظم:

يرى الفريق الذي ينكر وصف العقد على الإذعان، أنه عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئ إرادة منفردة يصدرها الموجب، و عليه فهذه الأخيرة تكون بمثابة تكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية و تطبيقها، و هذا ما أدى إلى إبعاد وصف العقد عنه؛ لأنه يفترض في هذا الأخير أن تكون فيه المساواة و الحرية في إبرامه²، كما يستند هذا الرأي إلى عدم مشاركة الطرف الضعيف في العملية العقدية، و إنما يرضخ لشروط منظمة مسبقا لا مجال له في مناقشتها³.

إضافة إلى ذلك، يرى الفقيه "Horyo" - الذي سمي عقد الإذعان نظاما - أن العقد سريع الزوال لأنه ينشئ علاقات تنقضي بسرعة، على عكس فكرة المشروع التي تفترض بعض الدوام، لذلك نجد فكرة المشروع تتفق مع فكرة التنظيم أكثر من فكرة العقد، و من أمثلته شركات التأمين، شركة الإنارة، شركة النقل... إلخ⁴.

¹ لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 33.

² محمد بودالي، المرجع السابق، ص 15.

³ نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص 159.

⁴ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 177.

- ب - عقد الإذعان علاقة عقدية:

يرى أصحاب هذا الفريق أن عقد الإذعان عقد حقيقي، على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين يعد عقدا كسائر العقود، و عليه فإن المشاركة في وضع بنود العقد أو مناقشة مضمونه لم يشترطها القانون في العقد، ولم يلزم أن يكون المتعاقدين متكافئين من الناحية الاقتصادية.

لذلك نجد أنه مهما كان الضغط الذي يمارسه الطرف القوي على الطرف المذعن، فهو لا يعدو أن يكون الإكراه فيه لعدم الرضا أو يفسده، و بالتالي فإن القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد بمجرد اقترانه بالإيجاب، و هذا استنادا مبدأ سلطان الإرادة¹.

- 3 - خصائص عقود الإذعان:

تتميز عقود الإذعان عن غيرها من العقود بالخصائص التالية:

- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة إلى المستهلك أو المنفعتين، بحيث لا يمكن لهؤلاء الاستغناء عنها في حاجتهم دون أن يلحقهم أذى².
- أن يكون أحد المتعاقدين (الموجب) محتكر للسلطة أو الخدمة احتكارا قانونيا أو فعليا، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة³.
- أن يصدر الإيجاب إلى كافة الجمهور - دون تعيين شخص بذاته - و بشروط واحدة، نحو مستمر أو لمدة غير محددة و يغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة، و أكثرها لمصلحة الموجب⁴.

¹ محمد بودالي، المرجع السابق، ص 15.

² أنظر: لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 59.

³ محمد صديري السعدي، المرجع السابق، ص 123.

⁴ لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 61.

- الطابع الاضطراري للقبول، فالقبول هو مجرد إذعان لما يمليه الموجب أي أن القابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة و مفاوضة، و إنما سلم الشروط التي عرضها الموجب بما أنه بحاجة للتعاقد على شيء لا غنى عنه¹، و هذا ما عبرت عليه المادة 70 من ق.م.ج. التي تقضي " بأنه يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد تسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيه".

ثانيا: فكرة النظام العام و الآداب العامة كقيد على مبدأ سلطان الإرادة.

يعتبر النظام العام و الآداب العامة أيضا من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، فالنظام العام يعد ضابطا لحرية الأفراد في ترتيب علاقتهم القانونية²، لذلك نجد أنه حتى إن كان للإرادة سلطان في أن تختار و تبرم عقدا من عدمه، إلا أنه يجوز أن يسعى الفرد مستغلا حرته في المساس بالمصلحة العامة للجماعة.³

1 - المقصود بالنظام العام و الآداب:

إذا كان للمتعاقدين أن ينشئ العقود و يقوم بتنفيذها، فيجب أن يتم ذلك في إطار النظام العام و الآداب العامة، و عليه تعد فكرة النظام العام من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها و طبيعتها، ضف إلى تعدد جوانبها و تنوع مصادرها، إذ أنها لا تتبع من التشريع وحده، إنما يساهم القضاء إلى حد كبير في صياغتها و تحديد مضمونها⁴، لذا سنعالج في هذا العنصر النقاط التالية :

¹ سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008، ص 36

² محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 36-37.

³ راجع: حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 204.

⁴ بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 70.

أ - تعريف النظام العام و الآداب العامة:

يلاحظ أن فكرة النظام العام ليس لها تعريف تشريعي بالرغم من أهميتها في التفرقة بين القواعد الآمرة و المكملة، لأنها تعد من الأفكار المعيارية المرنة غير المحددة، و التي تتغير وفقا لظرف الزمان و المكان ، كما تختلف باختلاف المذاهب و النظريات السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية السائدة من بلد إلى آخر¹.

و بالتالي فتظهر الفكرة العامة للنظام العام في سيادة المجتمع على الفرد، إذ أنه يعبر عن إرادة الحياة لدى الشعب التي قد تهددها بعض المبادرات الفردية في إطار العقود².

على الرغم من مرونة فكرة النظام العام ونسبيتها، فنجد أن الفقه قد حاول وضع تعريفا لها بقوله: هي مجموع المصالح الجوهرية و الأساسية للجماعة، أو هي مجموع الأسس التي يتأسس عليها نظام الجماعة و كيانها من الناحية السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية (الخلقية)، بحيث لا يمكن تصور بقاء هذا الهيكل سليما دون استتاده واستقرار على تلك الأسس، و عليه تعد القواعد القانونية المتصلة بهذه المصالح الأساسية من قبيل قواعد الآمرة التي ينعدم إزاءها سلطان إرادة الأفراد في الاتفاق على ما يخالفها³؛ لأن هدف النظام العام هو حماية المبادئ و الأسس العامة التي يقوم عليها المجتمع⁴.

أما الآداب العامة فيقصد بها مجموعة من القواعد وجد الأفراد أنفسهم ملزمون بإتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقتهم الاجتماعية، و هذا الناموس هو وليد المعتقدات المورثة، المتأصلة، و ما جرى به العرف و تواضع عليه الناس⁵، بمعنى آخر، أن الآداب العامة تعبر

¹ رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1992، ص 219.

² محمد وحيد الدين سوار، الإجتهاادات العامة في القانون المدني، دراسة الفقه الإسلامي و المدونات العربية، ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2001، ص 34.

³ رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 220.

⁴ سلطان عبد الله محمود، الدفاع بالنظام العام وآثاره، مجلة الرافدين للحقوق، العدد 43، 2010، ص 1.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 436.

عن المظهر الخلفي للنظام العام، أي القواعد الخلقية التي تفرضها مصلحة المجتمع على الإرادات الفردية¹.

- ب- مجال النظام العام:

يمكن التمييز في إطار فكرة النظام العام بمعناها الواسع، ومن حيث أثرها على سلطان الإرادة و حرية التعاقد بين شقين رئيسيين: يتمثل الأول في المفهوم التقليدي (النظام العام السياسي و الأخلاقي)، أما الثاني هو مفهوم حديث (النظام العام الاقتصادي).

- المفهوم التقليدي:

إن تقييد مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد بفكرة النظام العام بهذا المفهوم، كان منذ البداية على شكل قيود غالبيتها في مرحلة إنشاء العقد، وذلك من خلال إبطال العقد عند عدم احترام الشروط اللازمة لانعقاده²، كما هو الحال في حالة ما إذا كان محل أو سبب العقد مخالفا للنظام العام و الآداب العامة فيعد العقد باطلا بطلانا مطلقا، هذا بالرجوع للمادتين 93 و 97 من ق.م.ج، و نفس الحكم يطبق في حالة ما إذا اشترط المشرع شكلا معين لانعقاد العقد³.

يلاحظ أن قواعد النظام العام السياسي تقرر في غالبيتها جملة من الممنوعات، إذا خالفها المتعاقدان كان اتفاقهما باطلا مطلقا⁴.

- المفهوم الحديث:

إن فكرة النظام العام بعد ما كانت منحصرة في ضيق، فقد اتساعا شديدا مضمونها منذ بداية القرن التاسع عشر، إذ تطورت أهدافها لتشمل حماية الكيان الاقتصادي و الاجتماعي للمجتمع، مما أدى إلى ظهور مفهوم آخر عرف بالنظام العام الاقتصادي و الاجتماعي، و

¹ جاك غيستان، المرجع السابق، ص 107.

² لوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 66.

³ لقد سبقَت الإشارة لهذه العقود تحت عنوان: الشكلية المتطلبَة لانعقاد كقيد على حرية الإرادة في إنشاء العقد.

⁴ علي فيلاللي، المرجع السابق، ص 280.

الذي أضاف قيودا على الإرادة من خلال إجبار الأفراد على احترام قواعد كثيرة أصبحت متعلقة بالنظام العام.

- ج- مصادر النظام العام:

إن النظام العام هو نظام قانوني تتضمنه النصوص القانوني، كما يستخلصه القاضي من مبادئ العامة لذا نجد أن له مصدرين:

- النظام العم التشريعي:

يتولى المشرع تكييف مختلف النصوص القانونية، و تحديد ما كانت من النظام العام أو لا، بحيث يقضي النص صراحة عدم الاتفاق على ما يخالفه، و دليل ما جاء مثلا في الموارد 107، 97، 96 من ق.م.ج، لذا فإن النص القانوني يكون من النظام العام كلما كان يمنع المتعاقدين على مخالفة أحكامه.

قد يقتصر القانون على وضع المبادئ العامة، و يحيل التفاصيل إلى السلطة التنفيذية التي تعالج التنظيم الدقيق لمختلف الأنشطة الاقتصادية و الاجتماعية عن طريق مراسيم و قرارات، و عليه فتكون كل هذه النصوص بمختلف أنواعها مصدرا للنظام العام طالما لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها.

-النظام العام القضائي:

قد يغفل المشرع عن تكييف القاعدة القانونية الواردة في النص القانوني، كأن لا يتضمن ترخيصا أو منعا من الاتفاق على ما يخالفها، كما هو الأمر بالنسبة للمادة 112 من ق.م.ج¹، فهذه الأخيرة اكتفت بذكر الحكم القانوني دون الإشارة إلى إمكانية مخالفته، في هذه الحالة يتولى القاضي تكييف مثل النصوص معتمدا في تقريره على العرض من الحكم، فإذا تبين له أنه يتعلق بمصلحة عامة كيفه على أنه من النظام العام، و لا يمكن حينئذ مخالفته.

¹ التي تنص على أنه: " يؤول الشك لمصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة المذعن".

- 2 - مظاهر تقييد الإرادة بفكرة النظام العام:

إذ سلم للفرد في التعاقد من عدمه، في تحديد مضمون الالتزامات المتولدة عن التعاقد و هو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذا المبدأ قد صاحبه منذ البداية قيد هام و هو النظام العام، بحيث أن المشرع أوجب المتعاقدين في كل الأحوال على عدمه مخالفته، سواء في إبرام العقد أو في تعيين أثره¹، قد تدخل استنادا إلى ذلك بنصوص آمرة لا يجوز مخالفتها، مقيدا إرادة الأفراد في المجال التعاقدية، و عليه نقسم مظاهر هذا التقييد إلى ثلاثة عناصر.

- أ - تقييد المشرع لحرية إبرام العقد:

يمكن الحديث عن حرية التعاقد كنتيجة لمبدأ لسلطان الإرادة فقط عندما يقتصر مضمونها على حرية إبرام العقد، لذلك قد يتدخل المشرع أحيانا ليجبر الأفراد على دخول في علاقات تعاقدية خارج رغبتهم، كما هو الأمر في عقد التأمين، حيث تعرض المشرع للتأمينات الإلزامية، و ذلك بالنص على حالات التأمين الإجباري².

كما ألزم كل مالك مركبة بالاكنتاب بعقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها مركبته للغير، استنادا إلى أحكام المادة الأولى من قانون إلزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن الأضرار التي تنص: " كل مالك مركبة، ملزم بالاكنتاب في عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها تلك المركبة للغير..."³.

كما يمنعه أحيانا أخرى على التعاقد و هذا نظرا إما لخطورة محل العقد أو لأسباب يراها ذا تأهمية ، لذا نجد أنه يمنع الأشخاص من كل التصرفات التي تتعلق ببيع و إقتناء العتاد الحربي، و هذا طبقا للمادة الأولى من الأمر المتعلق بالعتاد الحربي و الذخيرة، التي تنص

¹ حمدي محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 208-209.

² بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 70.

³ أمر رقم 74-15 مؤرخ في 30 جانفي 1974، يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات و نظام التعويض عن الأضرار، ج.ر.ج.ج، عدد15، صادر في 19/02/1974، معدل و متمم.

على أنه : " يحضر عبر كامل التراب الوطني... صناعة العتاد الحربي و الأسلحة و الذخيرة ... كما يحظر استيراد ذلك و تصديره و المتاجرة به، و اقتنائه..."

- ب- تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد:

يكون تدخل المشرع في تحديد مضمون العقد عن طريق تنظيم بعض العقود بنصوص أمرة، و كذا في توسيع مضمونها، فبالنسبة لتنظيم بعض العقود بنصوص أمرة، فقد تولى المشرع ذلك بنوع من التفصيل و الدقة، وذلك لتجنب المتعاقد الضعيف من تعسف الطرف القوي، حيث أورد إضافة إلى إبطاله بعض الشروط بفرض شروط أخرى في العقد، إذ أصبح العقد الذي كان يجسد إرادة طرفيه تتدخل فيه إرادة المشرع لتحل النصوص القانونية محل إرادتهما في تحديد بنوده، و من بين العقود التي نظمها المشرع بنصوص أمرة، نجد عقد التأمين و عقد العمل، فعقد التأمين تنظمه نصوص تهدف في مجموعها إلى حماية المؤمن له بإعتباره طرفاً ضعيفاً، إذا لا يناقش شروطه و يكتفي بما تم التصريح به من طرف المؤمن و يقبل الشروط المقترحة.

في مجال العمل فإن المشرع تولى تنظيمًا دقيقًا، بحيث حدد حقوق العامل التي لا يمكن إنقاصها لأي سبب كان ومنها مدة العمل، مواقيت العمل الليلية، الساعات الإضافية، الراحة الأسبوعية، العطلة السنوية، و الأجر الأدنى...الخ¹.

يهدف المشرع من تقييد الإرادة في عقد العمل بتحديد الحقوق و الالتزامات الأساسية للعمال و أرباب العمل حماية للعامل ضد تعسف رب العمل، و بالتالي لم يترك أي مجال للاجتهاد أو التأويل إلا فيما يمكن إضافته من حقوق أكثر فائدة للعمال².

أما فيما يتعلق بتدخل المشرع لتوسع مضمون العقد، فقد يلجأ في حالات معينة عن طريق فرض التزامات على الأطراف دون إرادتهم، بل حتى دون علمهم بها، و أمثلته نجد الالتزام

¹ راجع المواد 22،27،30،33، من القانون رقم 90-11 مؤرخ في 21 أبريل 1990، يتعلق بعلاقات العمل، ج.ر.ج.ج، عدد17، صادر في 1990/04/25، معدل و متمم

² بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص75.

بالضمان، و الذي يعرف بأنه : التزام ذو مصدر قانوني أو تعاقدى يكون في بعض عقود المعاوضات التي يخشى الدائن فيها المنازعة حول الحقوق المنتقلة إليه، أو حول صلاحية موضع العقد، و بالتالي يصبح ضمن الالتزامات الناشئة عن العقد¹.

إضافة إلى كل ما سبق، فمن بين العقود التي رتب فيها المشرع الضمان ما يظهر بوضوح في أحكام عقد الإيجار، طبقاً للمادة 483 من ق.م.ج التي نص: " على المؤجر أن يمتنع عن كل تعرض يحاول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة، و لا يحوز له أن يحدث بها أو بملاحقاتها أي تغير ينقص من هذا الانتفاع

و لا يقتصر ضمان المؤجر على الأفعال التي تصدر منه أو من تابعيه، بل يمتد إلى كل ضرر أو تعرض قانوني صادر من مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر"، كما أبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو الحد منه².

الفرع الثالث: اتساع نطاق الالتزام الإرادية.

في الأصل العام أن للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد، أي أنهم أحرار في تحديد حقوقهم و التزاماتهم الناشئة عن العقد³.

ولكن كثيراً ما يغفل الأطراف بعض العناصر الأساسية في عقودهم فيكون العقد ناقصاً، و طبقاً لنظرية سلطان الإرادة لا أثر لهذا العقد الناقص لأنه لا يمكن تكملة هذا النقص بغير إرادة سلطان الإرادة، بينما يلجأ القضاء في هذه الحالات إلى البحث عن الشروط المتعامل بها في السوق و إلى العادات الاجتماعية لتحديد هذا الأجر، و ذلك ليجعل لإرادة الأطراف قيمة بدلا من إهدارها نهائياً، و واضح أن هذه العناصر التي يبحث عنها القضاء هي غريبة تماماً عن

¹ بوفلجة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 76.

² تنص المادة 490 من ق.م.ج. على أنه: "يبطل كل اتفاق يتضمن الإعفاء أو التحديد من الضمان بسبب التعرض القانوني..."

³ أنظر: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 48.

إرادة المتعاقدين¹ وهذا ما يفرضه المبدأ الذي يلزم المتعاقد بتفيذه العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية².

و هذا ما قرره المادة 02/01/107 من القانون المدني الجزائري حيث تنص: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل تناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام." هذا ما سنتوسع فيه جيداً في الفصل الأول و علاوة على ذلك هناك التزامات لا إرادية تنشأ عن مصادر غير تعاقدية يجب الإشارة إليها و من ذلك الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار.

و التزامات يفرضها القانون، إذ تطور نظام المسؤولية التقصيرية نتيجة لظهور للثورة الصناعية وانتشار استخدام الآلات الخطيرة في المجتمعات الحديثة فبعد أن كان الالتزام بالتعويض عن الضرر مبني على أساس إثبات الخطأ، فقد زاد حالات الأخير و الذي أصبح مقرر دون حاجة إلى ثبوت خطأ من جانب المسؤول³.

¹ أنظر: محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص 91.

² أنظر: علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ط2010، ص 364.

³ أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 49.

ملخص الفصل الأول

مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية و التقييد

في نهاية هذا الفصل يمكن القول أن مبالغة أنصار مبدأ سلطان الإرادة في تأييده، و مناداتهم بالإرادة أساسا لجميع أنواع الحقوق و النظم القانونية، أدى إلى مبالغة المعارضين له في الحط من شأنه لدرجة إنكارهم أن تكون الإرادة أساس لأي حق أو نظام.

و الحقيقة أن مجال الإرادة يتوسط هذين الطرفين و هذا ما ندى به المعتدلون الذي انتصروا للمبدأ لكنهم وقفوا به عند الحدودية المعقولة، فلا هم انتقصوا منه إلى حد جعله يفني في سلطان المشرع و سلطان القاضي، ولا هم تركوه يطغى فيستبد في إنشاء العلاقات القانونية و بتحديد آثارها دون النظر إلى المصلحة العامة و لمقتضيات العدالة.

فالاعتدال يقضي بأن يكون للإرادة سلطان في نطاق القانون العام باعتبار قواعد تتصل بالمصلحة العامة فقط، أما في نطاق القانون الخاص فدور الإدارة محدود قضايا الأحوال الشخصية. فإذا كان له دور كبير في تكوين عقد الزواج إلا أن هذا السلطان يخبو في نطاق تحديد الآثار القانونية التي تترتب على هذا العقد، و يستقل القانون بذلك ابتغاء حماية المصلحة العامة.

أما بالنسبة للمعاملات المالية فالإرادة دورها الهام و إن كانت في الحقوق العينية أقل منها شأنًا في الحقوق الشخصية، لأن الحقوق العينية محددة في القانون على سبيل الحصر، أما في الحقوق الشخصية فالإرادة هي قوام التصرف القانوني وإن كان يقوم بجانبها مصادر أخرى غير إرادية كالعمل الغير المشروع و الإثراء بلا سبب و القانون.

و من حيث القيود الشكلية نشير إلى تلك المتعلقة بالقيود ذات الشكل الرسمي بقواعد الإثبات و العقود النموذجية، فالعقود ذات الشكل الرسمي يتطلب إنشاؤها تدخل مأمور رسمي تكون همته تنظيم تلك العقود و كتابتها و تسجيلها في سجل خاص، و من هذه العقود العينية و

كل ما يتعلق بإنشائها أو نقلها أو إعلانها و تعديلها و إبطالها ، فإن هذه الأعمال لا تكون تامة جميعها حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ تسجيلها وفقا للأصول المقررة في السجل العقاري، ومن بين هذه العقود: الوعد بالهبة، عقد الضمان، عقود إيجار العقارات و عقد الشركة و الوكالة.

إضافة إلى ذلك قد وضع القانون أصول خاصة لبعض قواعد الإثبات كعدم قبول البينة الشخصية في إثبات الدعاوى التي تزيد قيمتها عن معين.

أما العقود النموذجية كعقد العمل الجماعي الذي يبرم بين نقابات العمال و أرباب العمل و يسري على جميع أشخاص المهنة حتى الذين لم يشتركوا فيه، تخص هذه العقود بأن أحكامها تمثل رأي الأغلبية من أصحاب المصلحة المشتركة تسري على الأقلية التي لم توافق عليه، و لهذه الفكرة تطبيقات تشريعية تتجلى في أحكام الصلح الواقي من الإفلاس.

و تقيد الإرادة كذلك في مجال الالتزامات التعاقدية بالقيود الناتجة عن فكرة النظام العام و الآداب العامة، فأى اتفاق يخالف النظام العام و الآداب العامة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا.

كما قيد من سلطان الإرادة عند تكوين العقد حيث وسع من نطاق الغبن و حوله من نظرية مادة إلى نظرية ذاتية و عند تنفيذ العقد فجعل نظرية الحوادث و الظروف الطارئة سبب لتدخل القاضي في تعديل الالتزام .

أن مبدأ سلطان الإرادة أو مبدأ حرية التعاقد في إنشاء التصرف و تحديد آثاره مازال يمثل القاعدة الأساسية في التعاقد ، و إن كانت ترد على هذه القاعدة قيود تزايدت في الوقت الحاضر عما كانت عليه في الماضي سبب تطور الأفكار و النظريات الاجتماعية و ضرورة حماية الطرف الضعيف في التعاقد.

الفصل الثاني :

الشكلية في العقود

الفصل الثاني: الشكلية في العقود.

المبحث الأول: مفهوم العقود الشكلية.

المطلب الأول: العقود الشكلية.

المطلب الثاني: أشكال العقود الشكلية.

الفرع الأول: الشكلية الرسمية .

الفرع الثاني: الشكلية العرفية

المطلب الثالث: الشكلية الرسمية القانونية في بعض العقود.

الفرع الأول: الشكلية الرسمية في المحل التجاري.

الفرع الثاني: الشكلية الرسمية في عقد الشركة

الفرع الثالث: الشكلية الرسمية في عقد الهبة

المبحث الثاني: شروط الشكلية في العقد.

المطلب الأول: الشكلية الرسمية لإثبات العقد

المطلب الثاني: الشكلية الرسمية لشهر العقد.

المطلب الثالث: الشكلية الرسمية لتسجيل العقد.

الخاتمة.

تمهيد:

لم تكن التصرفات القانونية في القديم تستمد قوتها من الإرادة بل من الشكل¹، أما في العصر الحديث فالقوانين أعكت للإرادة دورها في إنشاء العقود في حدود عينة إلى جانب ذلك أوردت الشكلية كإسناد على هذا الأصل.

و يبدو الإختلاف بين الشكلية القديمة و الحديثة من خلال الأهداف و الوظائف التي يؤديها الشكل حديثا، فلم يعد هذا الأخير تلك الطقوس المعقدة التي لا عنى عنها لقيام العقد و الذي لا تكفي الإرادة وحدها لإنشائه، بل أصبحت ذات أهداف و مبررات تستوجب وجودها².

فإذا اشترط المشرع اتباع شكلية معينة لتصرف ما وجب اتباعها، و إذا تخلفت كان الجزاء باختلاف ما إذا كانت تلك الشكلية مطلوبة للانعقاد أو لم تكن كذلك ، لهذا سنتعرض في الفرع الأول من هذا المطلب إلى الشكلية المطلوبة للانعقاد كقيد على الإرادة في إنشاء العقد ثم للشكلية غير المطلوبة للانعقاد كقيد على إرادة طرفي العقد في فرع ثان.

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، دار الهدى عين مليلة، 1990، ص43.

² كاتي أحمد، شروط انعقاد بيع العقار و شروط انتقال ملكية العقار، نشر الموثق، العدد10، ص40.

المبحث الأول: مفهوم العقود الشكلية

قد يشترط المشرع أحيانا شكلية معينة يراها لازمة لقيام العقد ويرتب البطلان على عدم توفرها ، وعلى المتعاقدين مراعاتها حتى يقوم العقد صحيحا، وتسمى هذه الشكلية بالشكلية المباشرة لاتصالها مباشرة بتكوين العقد، إذ لا بد لقيامه من توافرها كركن رابع إضافة إلى التراضي والمحل والسبب ومن ثمة يلزم الطرفين بكتابة العقد ، وقد تكون هذه الكتابة التي تترجم ركن الشكلية كتابة رسمية أو عرفية ، كما قد يشترط التسليم في العقد الانعقاد.

المطلب الأول: العقود الشكلية

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 1 على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها ، أو التنازل عن أسهم الشركة أو حصص فيها ، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حضر العقد.

كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة لشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد ."

إن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة اشترط التوثيق واعتبره ركنا لقيام العقود التي ذكرها ، بحيث إذا لم يتم توثيقها اعتبرت باطلة بطلانا مطلقا ، لذا سنتطرق إلى أهم تطبيقات الشكلية الرسمية في العقود المدنية باعتبارها من مقومات كل من عقد بيع العقار وعقد الرهن الرسمي وعقد الهبة ، وكذا انعقاد عقد الشركة المدنية.

الفرع الأول : الشكل الرسمي لانعقاد عقد البيع المواق على العقار :

تعتبر الملكية العقارية المجال الخصب لتطبيق الشكلية الرسمية في العقود التي تنشأ في دائرتها وأهمها عقد البيع الواقع على العقار ، فبعد ما كان أطراف العقد أحرارا في تحرير عقودهم في شكل رسمي أو عرفي قبل صدور الأمر 70-91 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق¹ ، اشترط المشرع الجزائري في العقود الناقلة للملكية العقارية أن تتم في شكل رسمي ، وهذا ما أكدته المادة 12 من هذا الأمر والتي استخلفت بالمادة 324 مكرر من ق.م.ج.

وعليه فعدم اتباع أحكام الشكل في عقد بيع العقار يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا ، وهذا البطلان يتقرر لكل من له حق يتأثر بوجود العقد أو بزواله ، ويثبت هذا الحق للخلف العام والخاص ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقا لأحكام المادة 102 من ق.م.ج ، وهذا ما كرسيه القضاء بقوله : " أن الشكل الرسمي في عقد البيع يعد شرطا ضروريا لصحته وأن تحرير هذا العقد في شكله الآخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد² .

إن ما يقال في بيع العقار من أحكام خاصة بالبطلان يقال أيضا في الوعد بالبيع فيجب أن يتوافر فيه الشكل الخاص الذي يجب توافره في العقد المنتظر طبقا لأحكام المادة 02 / 71 من ق.م.ج والتي تنص على أنه : " ... إذا اشترط القانون لتمام العقد استقاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد " .

فالشكلية حسب هذه الفقرة تعتبر ركنا لازما لإبرام عقد الوعد ببيع العقار ، إضافة إلى أنه في هذه الحالة لا يمكن إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذا عينيا ، بل لابد أن يتدخل الواعد بنفسه لإتمام رسمية بيع العقار ، كما أنه لا يجوز للموعد له أن يحصل على حكم يقوم مقام عقد بيع العقار الموعد به لأن تخلف الشكلية في هذه الحالة يجعل العقد باطلا ، ولو جاز الحصول على مثل هذا الحكم رغم عدم توافر الشكلية في هذه الحالة الأمكن للطرفين اللجوء إلى إبرام عقد بيع العقار دون إجراء الرسمية التي فرضها القانون، فيقتصران بذلك على وعد

¹ الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 سبتمبر 1970 و المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج .ر ، العدد 71.

² القرار 136156 مؤرخ في 18/02/1997، المجلة القضائية لسنة 1997، العدد1، ص 10.

بالتعاقد غير رسمي ثم يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم يقوم مكان عقد البيع وفي هذا تحايل على القانون¹.

الفرع الثاني : الشكلية لانعقاد عقد الرهن الرسمي :

لقد نظم المشرع عقد الرهن الرسمي واعتبره عقدا شكليا فهو لا ينشأ إلا بورقة رسمية كما تنص على ذلك 01 /883 من ق.م. ج على أنه : " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون ..."، كما نصت المادة 886 من ق.م. ج على أنه: "... وأن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلا كان الرهن باطلا".

يتضح من خلال المادتين 883 و 886 من ق.م. ج ، أن الرهن الرسمي لا ينعقد إلا في شكل رسمي، ونفس هذا الإجراء يتم في العقد اللاحق الذي يتم فيه تعيين العقار المرهون²، مع أن المشرع في المادة 883 من ق.م. ج لم يبين الجزاء المترتب على عدم مراعاة هذه الشكلية، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 324 مكرر 1 من ق.م. ج ، نجد أنها تنص على أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي تكون تحت طائلة البطلان ، وعقد الرهن الرسمي من العقود التي تتضمن حقوقا عقارية والتي ألزم المشرع بتحريرها في شكل رسمي وإلا كانت باطلة ، لذا فتخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي جزاءه البطلان المطلق.

الفرع الثالث: الشكلية لانعقاد عقد هبة العقار:

لقد عرف المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 202 من قانون الأسرة الهيئة بأنها تمليك بلا عوض واعتبرها من العقود الشكلية، إذ لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين وإنما يلزم إفراغ هذا التراضي في شكل رسمي ، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 206 ق.أ. ج على أنه : " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتتم الحيابة ، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات..." ، ولم تختلف أغلب التشريعات على اشتراط الشكلية الرسمية في عقد الهبة وإنما اختلفت في نوع الشكلية الواجبة فيه ، إذ يمكن تقسيمها إلى نوعين : أحدهما لا يقع على إرادة المتعاقدين فتتعقد الهبة بالتراضي ولكن لا بد من

¹ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 137.

² محمد حسين، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون الجزائري، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب،

الجزائر، 1986، ص122.

تمامها على وجه نهائي بتصديق السلطة القضائية أو إقرار منها ، أما النوع الثاني من الشكلية، فينصب على التراضي ذاته، إذ لا بد أن يصدر في شكل خاص أمام موظف مختص ، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في رسمية الهبة الواقعة على العقارات وذلك بتحرير عقد الهبة في عقد توثيقي Acte notarié تحت طائلة البطلان¹

الفرع الرابع: الشكلية لانعقاد عقد الشركة المدنية :

لقد تدخل المشرع الجزائري في تنظيم عقد الشركة، وذلك بفرض اتباع أركان شكلية الانعقاده و رتب الجزاء على مخالفتها، فلقد نص في المادة 418 من ق. م. ج على أنه : " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد...."

استناداً إلى هذه المادة يتضح تأكيد المشرع على ضرورة كتابة عقد الشركة واعتبارها ركناً من أركانها ، مع أنه من خلال النص العربي لم يحدد نوع الكتابة الواجبة لانعقاد عقد الشركة المدنية ، فيمكن أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية، واقتصر على القول بضرورة كتابة عقد الشركة في مرحلة إبرامه ، ولكن بالاطلاع على النص الفرنسي لنفس هذه المادة ، نلاحظ أنه يشترط لقيام عقد الشركة المدنية إفراغه في الشكل الرسمي.

زيادة على ذلك فإن الكتابة وإن كانت واجبة في عقد الشركة فهي ضرورية بنفس الدرجة في جميع التعديلات التي تطرأ على عقد الشركة كالزيادة أو التخفيض في رأس المال أو إحالة الحصص كما تنص على ذلك المادة 418 من ق.م. ج ، وهو ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 25642 المؤرخ في 08/05/1982 الذي قضت فيه بما يلي : "ومتى كانت المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 تشترط... أو التخلي عن أسهم من الشركة أو جزء منها إلا بالشكل الرسمي تحت طائلة البطلان ، وكانت المادة 572 من ق.ت.ج هي الأخرى تنص على عدم إمكانية إثبات إحالة الحصص إلا بموجب عقد رسمي.

¹ مصطفى لعروم، عقد الهبة، نشرالموثق، العدد 8 لسنة 1999، ص 20.

المطلب الثاني: أشكال العقود الشكلية.

فالعقود الشكلية التي تستوجب الشكل إضافة إلى الأركان الأخرى من تراض ومحل وسبب نحتاج كذلك إلى شكل معين، وتتجسد في الشكلية الرسمية والشكلية العرفية .

الفرع الأول: الشكلية الرسمية.

إن من بين الأهداف التي جعلت المشرع يستلزم الشكلية الرسمية كركن لانعقاد بعض العقود، تكمن في أهميتها الاقتصادية؛ كعقود الشركات والعقود الواردة على العقارات... الخ، أو كونها قد تستغرق أجلا طويلا لانتهائها مع ما تتضمنه من مسائل ويقود تحتاج إلى نوع من التفصيل فيها يستحيل معه تحصينها أو المحافظة عليها إلا من خلال الشكلية، كذلك ارتباط و تعلق محل هذه العقود بالنظام العام مثل العقود الواردة على العقارات، إذ أوجب المشرع إتباع إجراءات وشكليات معينة لضبطها.

وقبل الإشارة إلى العقود التي استلزم المشرع فيها ركن الشكلية الرسمية، يتوجب علينا أولا التطرق إلى عناصر وشروط هذه الشكلية

أولا: عناصر الشكلية الرسمية

استنادا إلى المادة 324 من ق.م¹ والتي تنص على العقد الرسمي بأنه: «... عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا لأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه » و التي تضمنت مسألة الإثبات من جهة، ومن جهة أخرى الإشارة إلى عناصر الشكلية الرسمية كركن لانعقاد، وتتمثل تلك العناصر و الشروط في :

1- أن يكون المحرر موظف عمومي أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ونعني بالموظف العمومي كل مستخدم مرسوم يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية تكون وضعيته نحو المؤسسة أو الهيئة أو الإدارة وضعية قانونية، ويقصد بالضابط العمومي الشخص

¹ أنظر، المادة 324 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

الذي يخول له سلطة التصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود كالموثق، أما الشخص المكلف بخدمة عامة كالخواص الذين يساهمون في تسيير المرافق العمومية

2- أن يتوافر عنصر الاختصاص في المحرر، ويتجلى ذلك في التزامه باختصاصه الإقليمي والنوعي و الزماني، وتتولى القواعد المنظمة للمرفق العام تحديد اختصاص الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة.

3- أن يتم مراعاة الأشكال القانونية ، وتتولى النصوص المنظمة لمهنة أو وظيفة محرر العقود الرسمية، تحديد تلك الأشكال والإجراءات القانونية، التي يجب مراعاتها أثناء عملية التحرير، من قبيل البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها العقد، التوقيع، اللغة... الخ¹.

ثانيا : العقود الواجب إفراغها في شكلية رسمية

سبق القول أن اشتراط الشكلية - خاصة الرسمية - كركن لانعقاد يعتبر قيديا يرد على المبدأ العام ألا وهو مبدأ الرضائية، لذلك كان من الواجب تحديد وحصر تلك العقود التي تتوجب فيها الشكلية حتى لا يكون هناك مجال للتوسع فيها، وهو ما فعله المشرع الجزائري بموجب القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني² والتي تنص على : «.. العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ، أو محلات تجارية أو صناعية ، أو كل عنصر من عناصرها ، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي ... ».

الفرع الثاني: الشكلية العرفية .

تعد كذلك الكتابة العرفية الصورة الأخرى للشكلية اللازمة لانعقاد بعض العقود، الدافع إلى الشكلية الرسمية، وقبل تحديد العقود التي تقوم على الشكلية أو الكتابة العرفية، ينبغي علينا أولا تحديد عناصرها وشروط اكتمالها وتحققها باعتبارها ركنا لانعقاد أو يمكن استعمالها في الإثبات مستقبلا.

¹ فيلالي علي، النظرية العامة للعقود، مفهوم للنشر، الجزائر، 2001، ص 297، 301.

² أنظر، المادة 324 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم.

أولاً : عناصر الشكلية العرفية

استنادا إلى المادة 327 من ق.م: « يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه...» فالعقد العرفي هو توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني مكتوب بخط المتعاقد الذي ينسب إليه الخط، وأن يكون موقعا من قبله بواسطة إمضاء أو بصمة أو إمضاء الكتروني وهما عنصرا العقد

1- أن تتم الكتابة بخط المتعاقد المنسوب إليه العقد، و يتحقق هذا باحترام المتعاقدين في العقود التبادلية شرط الكتابة بخط المتعاقد من خلال تحرير نسختين أصليتين؛ الأولى بخط المدين يحتفظ بها دائنه والثانية بخط هذا الأخير باعتباره دينا في نفس الوقت ويحتفظ بها السنين

أن يتم التوقيع على العقد بواسطة المتعاقد المنسوبة إليه العقد، سواء عن طريق الإمضاء أو البصمة أو إمضاء الكتروني، أي أية علامة خاصة مميزة
وان وسيلة التوقيع يجب أن تتمتع بقدر كاف من الدقة والثقة ، خاصة لما تعلق الأمر بالتوقيع الالكتروني كتقنية حديثة¹.

ثانيا: بعض العقود العرفية

و يمكن نكر على سبيل المثال العقود التي تتم عن طريق الشكلية العرفية كالمرتب مدى الحياة، عقد التأمين، عقد العمل الجماعي و عقد التنازل عن حق المؤلف².

1- المرتب مدى الحياة

يعتبر عقد المرتب مدى الحياة من عقود الغرر التي تناولها المشرع الجزائري بموجب المواد من 613 إلى 618 من القانون المدني و يقصد به اتفاق يتعهد و ملتزم بمقتضاه الشخص أن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعرض أو بدون عوض.

¹ فيلالي علي، المرجع السابق، ص 302-309.

² فيلالي علي، المرجع السابق، ص 309

و استنادا إلى المادة 615 من القانون المدني لا يعتبر العقد صحيحا إلا إذا كان مكتوبا دون أن يتولى المشرع تحديد طبيعة هذه الشكلية اللازمة للانعقاد، واعتبرها الفقه شكلية عرفية ما لم يرد هذا العقد في شكل عقد هبة أو عقد آخر من عقود التبرع التي تستلزم شكلية معينة

2- عقد العمل الجماعي

فيعتبر عقد العمل الجماعي من العقود التي تستوجب الشكلية العرفية وذلك بمقتضى المادتين 50 و 86 من الأمر 31-75 المتعلق بالشروط العامة للعلاقات العمل في القطاع الخاص، وبمقتضى المادة 114 من قانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل و يعتبر عقد العمل الجماعي صورة من العقد الجماعي، والذي يعبر عنه بالاتفاقيات الجماعية، حيث يتم هذا العقد بين أطراف لها مصالح متناقضة، كالاتفاقيات التي تتم بين النقابات وأرباب العمل، وتتصرف أثارها إلى كل العمال بما فيهم أولئك الذين لم يرضوا بمضمونه

3- عقد الإيجار

اشتراط المشرع الشكلية كقيد على مبدأ الرضائية في عقد الإيجار دون أن يحدد طبيعتها، مما يعني اعتبارها شكلية عرفية، ويرجع ذلك إلى هدف المشرع لوضع حد للفوضى في ميدان المعاملات¹ وذلك استنادا إلى المادة 467 مكرر من القانون المدني، والتي تنص على اشتراط الكتابة في عقد الإيجار تحت طائلة البطلان.

4- عقد التنازل عن حق المؤلف

يرى الأستاذ علي فيلالي بأن عقد التنازل عن حق المؤلف من العقود التي استوجب فيها المشرع الشكلية العرفية للانعقاد استنادا إلى المادتين 62 و 64 من الأمر رقم 05-03 المؤرخ في 10 جويلية 2003، والمتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة صفة القول عن اشتراط المشرع الشكلية للانعقاد - الرسمية أو العرفية . في بعض العقود ، كقيد وارد على مبدأ الرضائية، يرجع إلى أهمية العقد من جهة ، و رغبة المشرع في تحصين

¹ نيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دار الهومة، الجزائر، 2009، ص 65.

إرادة الأشخاص وحفظها وفض المنازعات مستقبلا و تحقيقا للاستقرار المعاملات من جهة أخرى.

إضافة إلى هذا النوع من القيود هناك نوع آخر منها يتمثل في التسليم الذي يشترط في العقود العينية وهو أحد أركانها.

المطلب الثالث: الشكلية الرسمية القانونية في بعض العقود .

كذلك من بين العقود والتصرفات التي إستلزم فيها المشرع الشكلية الرسمية لإنعقاد العقود تناولنا في هذا المطلب فرعين الفرع الأول تناول الشكلية الرسمية في المحل التجاري أما الفرع الثاني الشكلية الرسمية في عقد الشركة.

الفرع الأول : الشكلية الرسمية في المحل التجاري.

المحل التجاري مال منقول ، وهو منقول معنوي يتكون من عناصر مادية كالأثاث و المعدات و عناصر معنوية كالاسم التجاري و حق الإيجار و السمعية التجارية الخ ، و هو عادة ما يكون ذو قيمة . مالية كبيرة ، بل غالبا ما يكون المال الوحيد الخام في ذمة المدين الذي يعتمد عليه دائنوه في استيفاء حقوقهم ، لذلك فهو يشكل عنصرا هاما للضمان العام للدائنين ، ونظرا لهذه الأهمية وتنوع العناصر التي يتكون منها ، فقد أخضعه المشرع لتنظيم خاص ، وقواعد محددة يستعين إتباعها عند بيعه ، رهنه ، و تأجيريه .

و لقد حدد المشرع الجزائري عن نظيره الفرنسي و المصري بخصوص الشكلية المطلوبة في عقد بيع المحل التجاري و المعاملات الأخرى الواردة عليه ، ورأيت أن أتطرق لهذا الاختلاف في التشريعين الفرنسي و المصري ثم في التشريع الجزائري ضمن الفرعين التاليين:

أولا : الشكلية الرسمية في المحل التجاري في القانون المقارن :

01 - في القانون الفرنسي:

عقد بيع المحل التجاري مشار إليه في القانونين لسنتي 1909 و 1935¹ ، والذين أسسا شكلية ، أصلية في بيع المحل التجاري ، نبهت من جهة على حماية كل طرف من المتعاقدين خصوصا ، و من جهة" أخرى على حماية دائني المحل التجاري ، الذين فضل القانونان حملهم على لعب دور تنشيط ، حيث ضمن قانون 1991/03/17 قسمه الأول إشهار البيع ، حتى يسمح لهؤلاء الدائنين تقديم معارضتهم حول الثمن ، و أعطاهم الحق كذلك في طلب البيع

¹-Loi du 17 mars 1909 mod. Loi 31 juillet 1913,22 mars 1924.11 mars 1949..20 mai 1955 - Loi 26 juillet 1955, 0.22 septembre 1953, 30 septembre 1953. L.20 mars 1956 Loi 12 novembre 1955 mod, article 48 a 57 du C.P.C. Loi du 29 juillet 1935

بالمزايدة في حالة تقاضيه حول الثمن إذا كان أقل من القيمة الحقيقية للمحل ، و من جهة أخرى فقد نظم امتياز البائع ، ومباشرة دعوى الفسخ¹.

فبيع المحل التجاري و بتطبيق المادة 1583 من القانون التجاري لا يتطلب الانعقاد سوى رضا المتعاقدين ، و هو بذلك عقد رضائي يمكن إثباته بكافة وسائل الإثبات ، و هو الوضع الذي امتاز به قبل قانون 1935 ، وقبل التطرق لعقد بيع المحل التجاري في قانون 29/07/1935 تمكن التطرق فيما إذا كان قانون 1909/03/17 في مادته الأولى : " امتياز البائع المحل التجاري لا وجود له إلا إذا تم تثبيت البيع في ورقة رسمية أو ورقة عرفية ، و كان مسجلا ..."² ، لم يملك تغيير مبدأ الرضائية الذي جاءت به المادة 1583 من القانون التجاري ، خاصة وأن المادة الأولى لم تفرض كفاية العقد و تسجيله و شهره إلا لضمان امتياز البائع (الحق في التتبع ، حق التفضيل) ، و الحق في رفع دعوى الفسخ نتيجة لذلك ، وليس مطلوبا لانعقاد البيع أو حين لإثباته ، ومع ذلك يجب ملاحظة أن الكتابة الرسمية ليست ضرورية و تكفي الكتابة العرفية مع وجوب تسجيلها لضمان امتياز البائع .

بذلك يبقى البيع الشفوي للمحل التجاري كافيا إذا إمتنع البائع أو تنازل عن أعمال حقوقه في الإمتياز التي نص عليها القانون وهي حق التتبع و حق التفضيل ، أو تنازل عن باقي الثمن الذي لم يدفع بعد ، مع إمكان تسجيل هذا البيع الشفوي فيما بعد .

إلا أن صدور قانون 1935 طرح عدة تساؤلات لا سيما في صياغة المادة 12 منه إلى ضمنت العقد جملة من البيانات ، و التي جعلت التصرف غامضا ، هل هو تصرف قانوني

¹M" Colette beteille – Raquin – Quelques notion sur le formalisme ancien et modem–revue. – Annales de librairie du lion–Troisième série – Recueil serey – Paris (8%) – 1965 – Page 136.

²L'art 1 Lol.17 mars 1909 en prescrivant que le privilège du vendeur d'un fonds de commerce n'existait que si la vente avait été constater par un acte authentique ou sous seing prive enregistre

–المادة 2 من نفس القانون، كذلك التي تستوجب تسجيل عقد بيع العمل التجاري في السجل التجاري الموجود على مستوى الحكمة التجارية ، و إلا أنتي باطلا ، أنفلر في ذلك سمير جميل حسين الفتلاوي ، المرجع السابق ، ص 125 هامش.

شكلي يلحقه البطلان لتخلف هذه البيانات ؟¹ أم هو تصرف قانوني رضائي يجب إثباته بورقة رسمية أو عرفية تحت طائلة البطلان ؟

لذلك فإنه يجب التمييز هنا من أن البيانات مطلوبة في الورقة الرسمية أو العرفية للإثبات ، و أن الجزاء يشير إلى مضمون العقد ، زيادة على وجوب فحص المشاكل المثارة من مصطلح " Acte " إذا لم يكن مكتوبا أو كان كذلك و لكنه يكون ناقصا ؟.

و قبل فحص مختلف هذه الافتراضات يجب علينا أن نتطرق إلى بعض الملاحظات التكميلية و المهمة إذ يبدو الإشكال معقدا ، فإذا كان بإمكاننا إعمال البيانات المطلوبة بموجب المادة 12 مع قواعد التجارة ، فيجب مع ذلك معرفة ما إذا كان بيع المحل التجاري ليس تصرفا تجاريا فلا يمكنه الإفلات بذلك . من تطبيق قواعد القانون المدني عليه ، و بالتالي فإذا كان تشرفا مدنيا فإنه يجب أن يتم ورقة مكتوبة رسمية كانت أم عرفية ، إذا كانت قيمة المحل التجاري تجاوز المبلغ المنصوص عليه بموجب المادة 1341 من القانون المدني² ، أما إذا كان بيع المحل التجاري عقدا تجاريا فإن البيع الشفوي يبدو كافيا كما ذكرنا بالنظر لمبدأ حرية الإثبات المنصوص عنه بالمادة 109 من القانون التجاري ، وأن الكتابة غير ضرورية في هذا المجال ، ففي مرحلة أولى (1861 - 1905) كان القضاء مي فكرة أن بيع المحل التجاري ليستصرفا تجاريا ، و لكن محكمة استئناف باريس بقرار لهما صادر في 20 / 01 / 1905 حركت القضاء وأرجعت التنازل عن المحال التجاري عملا تجاريا بقولها : (شراء محل تجاري بشكل تصرفا تجاريا) ، وذلك إذا كان هذا الشراء بغرض استغلال هذا المحل ، ومحكمة

¹ و لذلك ذهب عني الفقهاء و منهم دو لا بورش (D iparte - Vincetit إلى أن العقد بذلك أصبح شكلها أنظر في ذلك، و الصيرفي ، السابق ، ص : 299.

²L'art 1341" (loi du 21 fevr 1945) Il doit être passe acte devant notaires ou sous signatures - privées de toutes choses exedant la somme ou la valeur de 50 f, meme pour dépôts volontaires, et n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allegue avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 50 F le tout sans prejudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce

النقض بدورها رجعت إلى رأيها الأول و لم تعد منذ ذلك إلى تنفيذ هذا الرأي ، ليصبح بذلك البيع تجاريا سواء بالنظر إلى نظرية التابع Theorie del ' accessoire ، أو بالنظر إلى التصرف بطبيعته ، ومنذ ذلك الوقت و المادة 12 من قانون - 1935 و متطلباتها تطرح التساؤل حول الطبيعة القانونية لعقد بيع المحل التجاري ، هل هو عقد شكلي أم هو عقد رضائي ؟. إن إغفال البيانات المنصوص عنها بالمادة 12 متطلبية تحت طائلة جزاءات جد خاصة ، فعادة عندما يتطلب القانون بعض الأشكال تحت طائلة البطلان ، يؤدي إغفاله إلى عيب في الموضوع ، وفي هذه الحالة يكون البطلان مطلقا.¹

وهنا يقصر القانون الحق في طلب الإبطال فقط على المشتري ، فتستنتج بذلك أن البطلان نسي، ومن جهة أخرى إذا كان البطلان مطلقا فلا تسقط دعوى طلب الإبطال بالتقادم الطويل ولكن يجب إفتراض أن القانون قد تسامح مع إغفال البيانات المطلوبة (في حالة عدم إثارته من الطرفين) و بناء على ذلك ريبار (يسمح بالتعاقد بالطريق الشفوي) أن هذا هو رأي أنصار الرضائية ، و الحجة المقدمة من قبل العميد ريبار Ripet المكرسة في قرار محكمة استئناف ريوم Riom والتي تشكل عند البعض نزاعا حادا قياسا بالجزاء المترتب على عيوب الرضاء ، فالبطلان لا يمكن أن يكون إلا نسبيا (لان رضا المشتري هنا ليس واضحا بالنظر لقيمة و أعباء المتجر ، و أن رضاه معيبا) ، ونتيجة لذلك لا يمكن تأسيس البطلان بموجب المادة 12 من أجل زعم باطل يتعلق بمشكل الشكل في التعاقد ، إضافة إلى ملاحظة أن قانون 29/06/1935 لم يتضمن أي نص صريح بأمر بتحرير العقد في محرر تحت طائلة البطلان ، ليبقى معه بيع المحل التجارية عقدا رضائيا ينعقد بمجرد رضا المتعاقدين.

أما بخصوص رهن المحل التجارية فإن قانون 1909 اشترط لصحته و إتمامه أربعة شروط وهي:

- 1- تحريره في ورقة ، 2 - التسجيل ، 3- ايداع العقد لدى كاتبة ضبط المحكمة ان كان العقد عرفيا ، 4 - القيد لدى محكمة التجارة.

¹Cousi: l'acte de vente du fonds de commerce – these 1961 voir Colette beteille-raquinop. cit. page 141.

فما هو مضمون مختلف هذه الشكليات ؟:

1- كتابة العقد : على عكس الرهن في حقيقته في المواد التجارية التي يمكن أن ينعقد شفويا ، فإن الكتابة في رهن المحل التجاري تكون واجبة في المادة (10 من قانون 1990)، وبذلك لا يسمح هذه المناسبة باستدعاء الاتفاقات الشفوية وخطابات الرسائل في الإثبات المعد الذي كثيرا ما يكون مشكوكا فيه ، لكن على خلاف رهن العقار الذي يتطلب الكتابة الرسمية ، إذ تكفي الكتابة العرفية البسيطة ، وهذا ترخيصا من المشرع لحماية الحياة التجارية الماسة للسرعة.

2 - تسجيل عقد الرهن : وسواء أكان رسميا أو عرفيا يجب تسجيل العقد و هي شكلية ليست مطلوبة فقط من أجل إعطاء تاريخا معيننا لتصرف كونه تم بعقد عرفي ، و إنما هي مطلوبة من أجل السماح بقيد الرهن فيما بعد، كون القيد الذي يتم قبل تسجيل العقد، يكون باطلا

3 - إبداع العقد لدى كتابة ضبط المحكمة التجارية : هذه الشكلية التي تمكن الغير من معرفة صحة انعقاد الرهن ، زيادة على بطلان القيد نتيجة محاولة إغفال هذه العملية أو الشكلية

4 - قيد عقد الرهن : الذي سيؤدي غيابه إلى عدم الاعتراض به اتجاه الغير¹.

02 - في القانون المصري :

أ- بيع المحل التجاري : تنص المادة الأولى من القانون رقم 11 لسنة 1940 على أن يثبت عقد بيع المحل التجاري بعقد رسمي أو بعقد عرفي مقرون بالتصديق على توقيعات أو المنام المتعاقدين ، كما تنص المادة الثانية على أن يشهر عقد البيع بقيده في سجل خاص معد لهذا الغرض في مكتب السجل التجاري المختص ، و تقرر المادة الثالثة و جوب إجراء القيد خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ البيع و إلا كان التقيد باطلا.

وكما هو واضح في أن القيد مجرة إجراء لشهر ، وإذا كان المشرع لم ينص صراحة على آثار الشهر ، فإنه يستفاد من تشوفيه أن الشهر ضروري لحفظ امتياز البائع ، فالمادة الرابعة

¹Beseille – Raquis – Op.cit – Page 149.150.

تقضي بأنه لا يقع امتياز البائع إلا على أجزاء الحمل البيئة في القيد ، كما أن الشهير ضروري أيضا الاحتفال البائع بدعوى الفسخ في مواجهة الغير ، فالمادة الخامسة من القانون، تقضي بأنه لا تقبل في مواجهة الغير الدعوى الفسخ لعدم دفع الثمن إلا إذا كان قد احتفظ هما صراحة في القيد

و على ذلك، يمكننا القول بأن شهر بيع المحل التجارية لا تثور الحاجة إليه إلا إذا كان مشتريا على لم يتم بدفع ثمنه كاملا بمجرد البيع ، و في ما عدا هذا الفرض فإنه لا تثور الحاجة إلى شهر بيع المحل التجاري، فالملكية تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد العقد و تسري في مواجهة الكافة دون حاجة إلى أي إجراء آخر.

لكن إذا كان الغرض من القيد واضحا على هذا النحو فإن التزام الكتابة المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون رقم 11 لسنة 1940 غير واضح ، فهل قصد المشرع باستلزام هذه الكتابة فرض في شكل للتصرف بحيث أن خلفها يؤدي إلى بطلانه ، أم أنها مطلوبة باعتبارها مجرد إجراء ضروري الشهر ؟

يبدو من الوهلة الأولى أن المشرع لا يمكن أن يكون قد استلزم الكتابة مجرد الشهر ، لأنه لو كان الأمر كذلك لا كان في حاجة إلى النص صراحة على استلزام الكتابة و افراد تنص لها ، و لكان كافيا النص على ضرورة الشهر ، لأن إجراءات الشهر معا تحشم تحرير كتابة بالتصرف ، أو على الأقل نص على ضرورة الكتابة و الشهر معا في نص واحد، كي يكون واضحا أن الكتابة مطلوبة حرة الشهر ، كما هو الشأن في القانون الفرنسي في المادة الأولى 17 / 03 / 1909 أما قيام المشرع المصرية بافراد نص لاستلزام الكتابة على نحو معين ، و أفراد نص آخر لاستلزام الشهر ؛ فلا يمكن معه القول بأن الكتابة مطلوبة لمجرد الشهر هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإن الحاجة إلى الشهر ليس ملازمة العقد بيع المحل انتحاري ، فعندما يقوم المشتري، بدفع الثمن كاملا بمجرد العقد فإنه لا يوجد ما يستدعي القيام بإجراءات الشهر ، هذا في حين أن استلزام المشرع للكتابة و كما يبدو من صياغة نص المادة الأولى من القانون رقم 11 لسنة 1940 هو استلزام عام وليس خاصا بحالات دون أخرى ، و القول بغير ذلك يعد تخصيصا للنص يعد مخصص .

وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع باستلزامه للكتابة يكون قد استلزم شكلا للتصرف ، لكن قد يحتج البعض على ذلك بأن المشرع قد استخدم كلمة " يثبت " لم يستخدم كلمة "ينعقد" و من ثم فإن الكتابة تكون مطلوبة للإثبات وليس الانعقاد ، و أيا كان الأمر فإن كلا الاحتمالين أقرب إلى قواعد التفسير من القول بأن الكتابة مطلوبة مجرد الشهر.

مع ذلك يجمع الفقه التجاري المصري على أن الكتابة المنصوص عليها في المادة الأولى ليست شكلا للتصرف ، فعقد بيع المحل التجاري تصرف رضائي ، كما أنها ليست مطلوبة لإثباته ، فإثبات التصرف جائز بجميع طرق الإثبات، بما في ذلك البيئة و القرائن ، و أن هذه الكتابة مطلوبة لحفظ امتياز البائع و لاحتفاظه بدعوى الفسخ لعدم دفع الثمن في مواجه الغير ، أي أنها مطلوبة لمجرد الشهر.

هذا الرأي على قرص أنه يعبر حقا عما قصده المشرع ، علاوة على أنه يتفق مع الرأي السائد في القانون الفرنسي ، فإنه لا يمكن إستخلاصه من مجرد مطالعة نصوص القانون رقم 11 لسنة 1940 و لذلك فإن الفقه المصري قد قال به تماشيا مع ما هو مسلم به في الفقه الفرنسي على الرغم من اختلاف صياغة النصوص في كلا القانونين ، فإذا كانت صياغة القانون الفرنسي تؤدي إلى القول بأن عقد بيع المتجر عند رضائي و أن الكتابة لا تعدو أن تكون مجرد أحد مستلزمات الشهر ، فإن صياغة نصوص القانون المصري لا تؤدي إلى ذات النتيجة ، فبيع المحل التجاري كما رأينا في التشريع الفرنسي - ينظمه قانون 13 / 03 / 1909 خاص ببيع و رهن المحل التجاري، كما رأينا في مادته الأولى - فالنص كما هو واضح لم يستلزم أن يكون عقد بيع المحل التجاري بالكتابة ، كما هو الشأن في القانون المصري و إنما يستلزم الكتابة لشهر امتياز البائع عندما يكون الثمن لم يدفع كاملا.

پ - رهن المحل التجاري : تنص المادة 11 من القانون رقم 11 لسنة 1940 على أن يثبت الرهن بعقد رسمي أو بعقد عر في مقرون بالتصديق على توقيعات أو أختام المتعاقدين ، كما تنص المادة الثالثة من ذات القانون بوجوب قيد الرهن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ العقد وإلا كان باطلا¹.

¹ يلاحظ تطابق صياغة من نص المادة الأولى من القانون رقم 11 لسنة 1940 التي تستلزم عقد بيع المحل التجاري و المادة 11 من ذات القانون التي تستلزم كتابة عقد رهن المحل من حيث استلزام الكتابة الرسمية أو العرفية

ولا شك في أن القيد لا يعدو أن يكون مجرد إجراء للشهر ، على الرغم من أن جزاء تخلف ليس هو الجزاء الطبيعي لتخلف إجراءات الشهر و المتمثل في عدم سريان التصرف في مواجه الغير و إنما هو جزاء آخر أكثر شدة و هو نسخ التصرف و إنما أسماه المشرع بطلانا .

ولكن ما هو قصد المشرع من استلزام الكتابية الرسمية أو العرفية المقرونة بالتصديق عل توقيعات أو أختام التعاقدين ؟ هل يستلزمها كشكل للتصرف أم أنها فقط مجرد إجراء تحتمه ضرورة الشهر ؟

يذهب رأي إلى أن الكتابة ليست إلا أحد مستلزمات الشهر ، و ليست شكلا للتصرف، و حجته في ذلك أنه ليس هناك ما يدعو إلى التفرقة بين دور الكتابة في حالة بيع المتجر (وهو مجرد الاحتفاظ بالامتياز) و بين دورها في الرهن

وينهب رأي آخر إلى أن الكتابة ليست مطلوبة إلا للإثبات ، و يستند هذا الرأي إلى حرفيا نص المادة 11 من القانون رقم 11 لسنة 1940 ، فهو يرى أن كلمة " تثبت " الواردة في النص لا يمكن أن تفيد أن الكتابة تعتبر ركنا في العقد ، ولو كان المشرع يقصد بها ذلك لكان من اليسير عليها يستعمل كلمة " ينعقد "

و يذهب الرأي الغالب إلى أن الكتابة هنا تعد شكلا للتصرف، فهي لازمة لانعقاده ويرى أصحاب هذا الرأي أن المشرع قد قصد من ذلك قطع دابر كل خلاف حول محل الرهن أو شروط العقد فضلا عن أن الرهن يلزم شهره ، و هو ما يستوجب أن يكون العقار مكتوبا.

ويؤكد الأستاذ الصوفي الرأي الأخير من حيث المبدأ و يرى مع أصحاب هذا الرأي الكتابة تعد شكلا للتصرف ، لكنه يختلف معهم فيما استندوا إليه من أسس، من كونها لا تصلح لتبريره و لا تقوى على حمله بلي تؤدي إلى غيره ، فمن ناحية القول أن قصد المشرع من ذلك قطع دابر كل خلاف حول محل الرهن أو شروط العقد ، هذا القول لا يمر على الإطلاق فرض شكل للتصرف ، فيكفي لتحقيق هذا الهدف استلزام الكتابة للإثبات، ومن ناحية أخرى فإن القول بأن الرهن يلزم شهره وهو ما يستوجب أن يكون مكتوبا ، هذا القول أيضا كاسبقه لا يبرر على الإطلاق، فرض شكل للتصرف ، فالكتابة اللازمة للشهر يمكن تحريرها في وقت عقب إبرام التصرف ، و لا يلزم بالضرورة أن يكون التصرف شكيا حين يمكن شهره

فيرى بذلك أن الكتابة مطلوبة كشكل التصرف و ليس لمجرد الشهر ، لأنها لو كانت بالفعل مطلوبة لمجرد الشهر لما كانت هناك حاجة تدعو المشرع إلى إفراد نص لها ، ذلك أن استلزام قيد الرهن خلال خمسة عشر يوما وفقا للمادة 12 تقرض ضمنيا و بالضرورة وجود كتابة ، فالمادة 19 تنص على أنه يجب على الدائن عند طلب القيد أن يقدم صورة مصدقا علينا من عقد الرهن إذا كان رسميا أو أصل العقد إذا كان عرفيا ، و لذلك فإن النص صراحة على استلزام الكتابة لا يمكن أن يكون لمجرد الشهر و إلا أصبح نصا بلا معنى .

كما يمكن تأكيد هذا الرأي، بالاستناد إلى ما جاء بالمذكرة التفسيرية لهذا القانون تعليقا على المادة 11 منه ، من أن امتياز الدائن المرتهن يتوقف على تحرير عقد ورسمي أو عرفي ، الأمر الذي يكشف عن أن الكتابة مطلوبة للانعقاد و ليس لمجرد الشهر¹ .

علاوة على ذلك يمكن قياس رهن المحل التجاري على الرهن الرسمي العقاري فالمحل التجاري - كما سبق ذكره - كما هو معروف مال منقول ، ومن ثم فإن رهنه كان يستوجب نقل حيازته إلى الدائن المرتهن لأن المنقول لا تخضع أصلا إلا للرهن الحيازي ، ومع ذلك فإن المشرع قد أجاز رهن المحل التجاري دون أن يستوجب لذلك نقل حيازته إلى الدائن المرتهن حتى لا يجرم المدين من استغلال متجره ، خروجاً بذلك على القوائد المقررة في رهن المنقول ، ولذلك فإن رهن المحل التجاري هو أشبه ما يكون بالرهن الرسمي العقاري ، فهو رهن رسمي للمنقول .

من المعروف أن الكتابة الرسمية مطلوبة في الرهن العقاري ليس لمجرد الشهر أو الإثبات و إنما وقبل كل شيء لحماية المدين الراهن بلفت انتباهه إلى خطورة تصرفه وما يترتب عليه من آثار ، تلك الخطورة التي قد لا يشعر المدين ولاسيما أن المال المرهون يظل في حيازته بعكس الحال بالنسبة للرهن الحيازي لأن خروج المال من حيازته بمجرد التصرف ، فيه ما يكفي لتنبية الراهن إلى خطورة تصرفه.

¹ - يرى أحمد سلامة أن هذه العبارة التي صيغت بها المذكرة التفسيرية في التي سببت الخلاف في الفقه المصري و أن الراي

الغالب، يقر شكلية العقد إستنادا على ما ورد في المذكرة التفسيرية وهو ما لا يجوز ، انظر الصيرفي، ص 103 هامش

هذا بالإضافة إلى أنه يمكن أيضا قياس رهن المحل التجاري علي رهن السفينة ، فكلاهما منقول و كلاهما يخضع لنظام الرهن الرسمي ، ومن المسلم به أن الكتابة شرط لانعقاد رهن السفينة و ليس مجرد إجراء للشهر فحسب ، فالمادة 13 من قانون الامتيازات و الرهون البحرية تنص على أنه : " يجب أن يتم الرهن بعقد رسمي و إلا كان باطلا "¹

ثانيا - الشكلية الرسمية في المحل التجاري في القانون الجزائري:

نظرا لطبيعة المحل التجارية و أهمية عناصره ، و حماية المشروع التصرفات التي ترد عليه ليث الثقة و الأنتمان في المجتمع التجاري اشترط وجوب إثبات التصرفات التي ترد على المحل التجارية و أهمها البيع وذلك بإثبات التصرف بعقد رسمي و إلا كان التصرف باطلا ، و ذلك ما أوجبه المادة 79 / 01 من القانون التجارية الجزائري بقولها : " كل بيع اختياري، أو وعد بالبيع و بصفة أعم كل تنازل، عن محل تجاري و لو كان معلق على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة بي إثباته بعقيد رسمي و إلا كان باطلا" .

و فضلا عما يحدده المتعاقدان من شروط في عقد البيع فإن المشرع أوجب في نفس المادة الفقرة الثانية أن يتضمن العقد بيانات معينة في :

- 1- "اسم البائع السابق و تاريخ سنده الخاص بالشراء و نوعه و قيمة الشراء في (أي الثمن) بالنسبة للعناصر المعنوية و البضائع و المعدات .
- 2 - قائمة الامتيازات و الرهون المترتبة على المحل التجاري .
- 3- رقم الأعمال التي حققها في كل سنة من سنوات الاستغلال الأخيرة ، أو من تاريخ شرائه إذا لم يقم بالاستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات .
- 4- الأرباح التي حصل عليها البائع خلال نفس المدة (رأي الثلاث سنوات الأخيرة)
- 5- عقد الإيجار ، تاريخه و مدته و اسم و عنوان المؤجر و المحل.

¹الصيرفي : الرسالة السابقة ص 295 وما يليها ، فيما سنرجع مع التفصيل الشكلية في رهن السفينة لاحقا.

و يمكن أن يترتب على إهمال البيانات المقررة أنفا بطلان عقد البيع من المشتري إذا كان طلبه واقعا خلال السنة¹

يتبين من هذا النص أن عقد بيع المحل التجاري - و الوعد ببيعه - هو عقد شكلي لا تكفي الرضائية لانعقاده على خلاف ما يراه بعض الكتاب و الفقهاء من أن انعقاد بيع المحل التجاري، يتم بمجرد الرضا و أدلتنا في شكلية بيع المحل التجاري و الوعد ببيعه هي ان عدم كتابة العقد أو رسميته تؤدي إلى بطلان العقد فكلمة "إثباته" الواردة في صدر المادة 79 المذكورة هي ليثبت العقد بمعنى انعقاد و ليست للإثبات عن الدليل الاسترشاد بواقعة معينة فلو أراد المشرع من كلمة "إثباته بعقد رسمي".

هو الدليل الذي يثبت واقعة معينة لأشعار إلى بطلان الدليل و ليس إلى بطلان العقد ، أو أشار إلى النص الخاص بالإثبات وهو المادة 30²، ولو كان قصد المشرع الدليل لاستطاع الطرفان تثبيت حقوقها بأي عقد سواء أكان رسميا أو عرفيا دون حاجة للإبطال .

إن البيانات الواجب تثبيتها في العقد تدل على أن هناك رقابة من قبل الدولة على مثل هذه العقود نظرا لأهميتها ، وعند عدم كتابة هذه البيانات قد يعني وجود غش من قبل البائع مضمونه إخفاء بعض المعلومات عن المشتري ، وهذا هو التدليس ، لذلك فقد أجاز القانون المشتري إبطال هذا العقيد خلال سنة من تاريخ العقد ، بسبب عدم كتابة هذه البيانات ، أو التعويض عن عدم صحتها المادة 80³.

ومن الأدلة على شكلية الإنعقاد ، التزام المشتري بنشر البيع في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية بالبيع في السجل التجاري ، إضافة إلى نشره في جريدة مختصة للإعلانات القانونية التابعة للمركز الوطني للسجل التجاري ، و إذا كان المحل التجاري منتقلا فيكون النشر في

¹ د/ أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، ج4، العقود التجارية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1980، ص48.

² المادة 30 من القانون التجاري: " يثبت كل عقد تجاري: بسندات رسمية، بسندات عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل بدفاتر الطرفين، بالإثبات الطرفين ، بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها."

³ المادة 80: " يكون البائع ملزما بضمان ما ينشأ عن بياناته غير الصحيحة حيب الشروط المقرر في المادتين 376 و 379 من القانون المدني بالرغم من كل شرط مخالفة في العقد".

المكان الذي سجل فيه ، كل ذلك بعد تسجيل العقد في السجل التجاري الموجود لدى كل ولاية إضافة للسجل المركزي في العاصمة (المادة 2 من المرسوم التشريعي رقم 258 لسنة 1983)

ويجدد إعلان النشر بعد مرور سبعة أيام على إعلان النشر الأول ولحين انتهاء مدة النشر أي ابتداء من اليوم الثامن إلى اليوم الخامس عشر في المادة (83) يسعي المشتري إلى هذا النشر ، إلا أنه لا يعد مسؤولاً عن النشر، إذ قد يتم بمبادرة من موظفي السجلات المحلية و مكاتب التوثيق على نفقة المشتري (المادة 44 من المرسوم التشريعي رقم 258 لسنة 1983 المذكور أعلاه) ، أما الأبطال الوارد في المادة 83 من قانون التجارة و بسبب عدم النشر فقد يكون لمصلحة البائع ، و يتضمن ملخص عقده البيع والتسجيل جميع التكاليف إضافة إلى نص المادة 117 التي تقتضي نشر تقدم المحل التجاري كحصة في شركة تجارية ، و اسم المالك الجديد و المالك السابق و لقبه و عنوانه و نوع العمل التجاري و مركزه و بيان مدة المعارضات لأصحاب الحقوق و اختيار موطن المشتري في دائرته من كلمة (إثباته بعقد رسمي) وفي حالة عدم ذكر هذه المعلومات فإن النشر يكون باطلاً ولا يطل عقد البيع بسبب عدم النشر (المادة 83).

و على الرغم من أن عد النشر لا يؤدي إلى إبطال العقد إلا أنه يعد شرطاً قانونياً رسمياً لا بد من توافره.

و ن الأدلة أيضا على شكلية بيع المحل التجاري هو التسجيل في السجل التجاري، إذا نصت المادة 79 على أنه: "لا يجب القيد البيع في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ عقده و إلا كان بطلاً، و تبقى المهلة سارية و لو في حالة صدور الحكم بإعلان الإفلاس و لكل ذي مصلحة يتمسك بهذا البطلان و إن كان المدين نفسه، و إذا تم القيد بالطريقة المشار إليها فيكون الأولوية و يمكن الإحتجاج به على وكيل التفليسة و التصفية القضائية للمشتري"

فيتضح من هذا النص أن عدم تسجيل بيع المحل التجاري في السجل التجاري، يؤدي إلى إبطال العقد بطلاناً مطلقاً بحيث يجوز لكل شخص إبطاله حتى و لو كان البائع المفلس نفسه هو الذي يطلب الإبطال.

هذا إضافة إلى نص المادة 147 من القانون التجاري التي ألزمت تسجيل العناصر التي يتضمنها بيع الحل التجاري وفق التشريع السائد، فإذا تضمن المحل التجاري (حقوق الملكية الصناعية) ، فينبغي تسجيلها في الديوان الوطني للتوحيد و الملكية الصناعية، إضافة إلى تسجيلها ضمن المحل التجاري في السجل التجاري (المادة 38 من قانون الشهادات المخترعين و براءات الإختراع و المادة 21 من القانون علامات المصنع و العلامات التجارية، و المادة 25 من قانون الرسوم أو النماذج الصناعية.

و حتى بالنسبة للرأي القائل بأن الرسمية لإثبات فكيف سيواجه المشتري الأغيار؟ فيمكن الرد بأنه يستطيع أن يواجههم بالكتابة و النشر.

ثم القول بأن البيانات التي استلزمها المشرع الجزائري في النص عليها بعقد البيع لدعم الثقة و الإئتمان الواجب توافرها ما بين المتعاملين في مجتمع التجارة مردود بسبب أن هذا العقد يجب أن يكون موثوقا من جهة رسمية ، أفلا تكفي الرسمية لدعم الثقة و الإئتمان؟

إن القول بأن الكتابة لا تلزم لإنعقاده أو إثباته، و إنما هي لازمة لنشأة الامتياز فقط مردود أيضا، فامتياز البائع ينشأ من قانون و كالتزام عقدي مقابل لإلتزامه بتسليم المبيع، فضلا على هذا دليلا على الإلتزام العقدية و منها امتاز البائع تعتبر باطلة بسبب بطلان العقد لعدم الإنعقاد أو التسجيل في السجل التجاري (المادة 97 من قانون التجاري)¹.

كما أن المادة 12 من القانون التوثيق صريحة في اشتراط الكتابة لصحة العقد ، ثم إنه من الناحية العملية يصعب إبرام العقد شفاهة لكثرة البيانات التي إشتراط المشرع الجزائري ذكرها في عقد البيع أو الرهن أو التأجير، إضافة إلى أن عملية الشهر تتطلب الكتابة²، و الكتابة الرسمية كون العقود العرفية قد منع المشرع على مفتشي التسجيل تسجيلها بموجب المادة 351 من القانون رقم 91-25 المؤرخ في 16/12/1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992: "يمنع مفتشوا التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية ، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم و

¹ الفتلاوي، المرجع السابق، ص125 و ما يليها.

² زاوي محمود، المرجع السابق، ص 81.

الحصص في الشركات، الإيجارات التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو تعديلية الشركات"¹.

و يؤخذ نفس الحكم في فرض الشكلية الرسمية في عقد التسيير الحر للمحل التجاري Gérance libre الذي هو عقد يستأجر بمقتضاه شخص المحل التجاري من مالكة لأجل استثماره لحسابه الخاص على عهده متحملا مسؤولية هذا الإستثمار وحده دون أن يلزم مالك المحل بنتائج هذا الاستثمار.

و تناول المشرع التجاري الجزائري أحكام هذا الإيجار في المواد 203 و ما بعدها و نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على سريان هذه الأحكام دون سواها على: " كل عقد أو إتفاق يتناول بواسطتهما المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أو جزء من التأجير لمسير بقصد إستغلاله على عهده، و يعتبر باطلا كل شرط يخالف ذلك " .

و يتميز عقد التسيير الحر عن عقد الإدارة، في أنه في الأول يتمتع المستأجر بكامل الحرية في استغلال المحل و استثماره، دون ادنى إشراف أو رقابة عليه من المالك .

و عقد التسيير الحر للمحل التجاري هو عقد ايجار حقيقي وارد على منقول معنوي لأنه يشمل جميع العناصر المحل²، و يعد من أهم العقود التجارية التي أخضعها المشرع لشكل الرسمية تحت طائلة البطلان (المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، و المادة 203 من القانون الجزائري)، و يعتبر أيضا من أهم المجالات تدخل الموثق بصفته ضابطا عموميا يتلقى العقود التي يخضعها القانون للرسمية أو تلك التي يريد الأطراف إعطائها هذه الصيغة (المادة 5 من قانون 27/88)³.

و يجب أن يكون عقد الإيجار التسيير الحر مكتوبا ة إشتراط المشرع الجزائري فضلا عن كتابة العقد في محرر، الرسمية و الإشهار و نص بذلك في المادة 203 فقرة الثالثة بقوله: " يحزر كل قيد تسيير في شكل رسمي و ينششر خلال خمسة عشر يوما من خلال تهااريخه

¹ حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 82.

² أحمد محرز، المرجع السابق، بند 148، ص 161.

³ الجوانب العقابية لعقد تأجير التسيير و التسيير الحر و آثاره القانونية، الجزء 1، الأستاذ محمد معاصمي، مجلة الموثق، عدد 2، مارس 1998، ص 16.

على شكل مستخرج أو إعلام في النشر الرسمية للإعلانات القانونية و فضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية¹.

ثم إن هذا الخلاف قد حسم نهائيا بشأن وجوب الشكلية الرسمية في عقود بيع و رهن و تأجير تسيير المحل التجاري تحت طائلة بطلان هذه العقود بصور قرار الحكمة العليا رقم 136156 المؤرخ في 1997/02/18 بقوله: " و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الإستئناف لما إعتبروا العقد العرفي المتضمن بيع قاعدة تجارية عقدا صحيحا مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع و تحديد الثمن، و ترتب عليه إلتزامات شخصية متمثلة في إتما إجراءات البيع، يكون بقضائهم هذا قد خرقوا القانون الذي يعتبر الشكل الرسمي في بيع قاعدة تجارية شرطا ضروريا بصحة البيع و أن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلان ذلك العقد بطلانا مطلقا كونه يمس بالنظام العام و متى كان كذلك إستوجب نقض القرار".

الفرع الثاني : الشكلية الرسمية في عقد الشركة .

الشركة تقوم على استغلال مشروع اقتصادي ، و يقرر لها الشخصية المعنوية حين يمكن تحقيق أهدافها ، و هذا فلها أن تتعاقد مع الغير ، وتتعامل معه فيكتسب الحقوق و يترتب على عاقبتها الإلتزامات او يحدد عقد الشركة فضلا عن نشاطها وتحديد رأس مالها ، يحدد سلطات المديرين في الإدارة و كثير من التفاصيل التي لا يمكن للذاكرة أن تعيها، خاصة أن عقد الشركة من العقود المستمرة التي يستمر تنفيذها فترات طويلة ، لذلك حرص المشرعون ومن بينهم المشرع الجزائري على اشتراط الكتابة لصحة عقد الشركة حتى يسهل إثبات ما تضمنه من بيانات تهم الغير الذي يتعامل مع الشركة ، كما يهم الشركاء أنفسهم²

ولكن اختلاف شكل الكتابة الذي اشترطه المشرع و أثره على عقد الشركة أو أي تعديل لها غير التشريعات المختلفة ، يستدعي التطرق لهذه الاختلافات و اشتراط عنصر الشكلية الرسمية من عدمه في هذه التشريعات ، ضمن الفرعين التاليين:

¹ محرز، المرجع السابق، نفس الموضوع

² محرز، القانون التجاري الجزائري، الجزء 2، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1980، بند 43، ص

الفرع الأول : الشكلية الرسمية في عقد الشركة في القانون المقارن :

1 - في القانون الفرنسي

لم يذكر القانون الفرنسي لسنة 1966 الكتابة صراحة كشكل واجب لصحة عقد الشركة كما ان الوضع من قبل في قانون 1867 في المادة 41 منه ، إلا أنه يستخلص من مواده أن الكتابة واجبة ، فقد نص هذا القانون على وجوب احتواء عقد الشركة على بيانات معينة مثل اسم الشركة و عنوانها ، وعدد الشركاء ، و قيمة رأسمالها ... الخ ، كان استلزام شهر عقد الشركة يتطلب كتابة و هذا ما يدل على أن الكتابة شرط لصحة عقد الشركة وليس لمجرد إثباته .

كما يلاحظ أن توجيهية مجلس المجموعة الأوروبية رقم 68/151 بتاريخ 8 مارس 1968 نصت المادة 10 منها على أن الدول الأعضاء التي لم ينص قانونها على رقابة وقائية إدارية أو قضائية على إنشاء الشركات ، يجب أن تحرر عقود الشركات التي تنشأ بها في محرر رسمي ، فكان على فرنسا التي لا توجد بها مثل هذه الأنواع من الرقابة أن تعدل قانونها الخاص بالشركات وفقا لهذه التوجيهية وذلك خلال ثمانية عشرة شهرا من صدور التعليمات .

أما بالنسبة لجزء تخلف كتابة العقد فقد اختلف فيه الفقه الفرنسي ، فالقهاء ريبار Ripert ، هوبان Hoopia ، بوفيو Bouvitax ؛ روبلو Rablot ، يرون أن الكتابة للصحة و تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد ، بينما يرى أغلبية الفقهاء الآخرين و من بينهم هاميل Hamel و لاقارد Lagarde ، بلانيول Planiol ، إسكارا Escarra ، رو Rault ، بأنها للإثبات و بالتالي تخلفها لا يؤدي إلى بطلان العقد¹

¹ زواوي محمود، رسالة اسابقة، ص 86،87

2 : في القانون المصري :

تنص المادة 507 مدني على أنه "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً و إلا كان باطلاً ، وكذلك كون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفي الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد . ويتضح من هذا النص أن القانون يجعل من الكتابة شرطاً لصحة عقد الشركة و ليس مجرد شرطاً لإثباته¹ .

فلا يغني عن الكتابة إقرار أو يمين ، و كذلك تلزم الكتابة الصحة ما يدخله الشركاء على العقد من تعديل .

وقد اكتفى القانون المدني بوضع مبدأ لزوم الكتابة تاركاً تحديد نوع الكتابة الواجبة لتقنين التجارة فالأصل أن الكتابة العرفية تكفي و لكن تستثنى من ذلك عقود شركات المساهمة التي لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام و الشركات ذات المسؤولية المحدودة (المادتين 5 و 68 من القانون رقم : 26 لسنة 1954)

ويرجع الفقه اشتراط الكتابة في عقد الشركة إلى فكرة تنبيه الشركاء إلى خطورة العقد ، و إلى كثرة ما تتضمنه عقود الشركة من تفاصيل لا تعيها الذاكرة ، لكن الأساس الحقيقي لإشتراط الكتابة هو أن الشركة من تفرد - دون سائر العقود - بأنها تنشئ شخصاً معنوياً له وجوده المستقل عن الشركاء و له حياته القانونية الخاصة ، فيجب أن يكون دستور هذا الشخص المستقل مكتوباً يستطيع أن يطلع عليه الغير قبل أن يتعامل مع الشركة² .

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للتقنين المدنى إلى هذا الاعتبار صراحة ، ولا أدل على ذلك من أن القانون يتخلى عن كل شرط شكلي -ولو كان ذلك للإثبات - في شركات المحاصة حيث تنعدم الشخصية المستقلة للشركة ووجودها المتميز أمام الغير ، فالمادة 63 تجاري تنص على انه : "يجوز إثبات وجود شركات المحاصة بإبراز الدفاتر و الخطابات....." ، و قد نظر الفقه إلى هنا النص على أنه يخصص من إطلاق حكم القانون المدني في شأن شركات المحاصة التجارية وحدها دون شركات المحاصة المدنية ، و نحن لا نرى هذا الرأي بل نعتقد

¹ قضت المحكمة النقض بأنه: "متى كانت الكتابة لازمة لوجود العقد فهي بالضرورة لازمة لإثباته، لأن الإثبات مرتبط بأشكال" ، نقض مدني 27 يناير 1966.

² أكتف أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، الجزء 1، مكتبة المدني القاهرة، 1970، بند 382، ص 417.

أن الحكمة من إشتراط كتابة عقد الشركة تنتفي في كافة الصور التي لا تقوم فيها شخصية مستقلة للشركة و أن القانون لم يحتم الكتابة إلا حيث ينشأ عن عقد الشركة شخص معنوي كما هو الحال في كافة الشركات المدنية و التجارية¹.

فإذا لم يكن عقد الشركة الأصلي في ورقة مكتوبة ، أو لم تكن التعديلات التي يدخلها الشركاء بعد ذلك في الشكل ذاته الذي أفرع فيه العقد الأصلي ، كانت الشركة أو التعديلات التالية باطلة

ولما كان البطلان هنا جزاه على الإخلال بالشكل ، و أن القانون هو الذي يعين الجزاء على الإخلال بالشكل ، إذ الشكل من صنعه ، فقد يجعل العقد الذي لم يستوف الشكل المطلوب باطلا لا تلحقه الإجازة ، و قد يسمح بإجازته ، فإن المشرع هنا أورد تفاصيل شامية فيمن يجوز له التمسك بطلان الشركة لعدم إستيفائها الشكل المطلوب.

ففيما بين الشركاء في عقد الشركة غير المكتوب قائما منتجا لجميع آثاره ، ومنها إلزام الشركاء بتقديم حصصهم في الشركة و التسامح الربح والخسارة على الوجه المبين في العقد الغير مكتوب ، وذلك إلى الوقت الذي يرفع فيه أحد الشركاء الدعوى ببطلان الشركة ، فمن وقت المطالبة القضائية بالبطلان يصبح عقد الشركة باطلا ، و الحكم بالبطلان يستند إلى وقت رفع الدعوى فيمر عقد الشركة غير المكتوب إذن على مرحلتين يفصل بينهما رفع دعوى البطلان ، مرحلة الصحية قبل رفع الدعوى ، ومرحلة البطلان بعد رفعها . على أنه في المرحلة الأولى إذا إقتضى الأمر أن يثبت أحد الشركاء عقد الشركة في مواجهة شركائه و جب إتباع القواعد المدنية في الإثبات ، فإذا زاد رأسمال الشركة على عشرة جنيهاً و جب الإثبات بالكتابة أو ما يقوم مقامها أو بالإقرار أو باليمين ، و إذا لم يزد رأسمال الشركة على عشرة جنيهاً جاز الإثبات بجميع الطرق وتدخل في ذلك البينة و القرائن²

أما في حق الغير فلهم أن يجتمعوا على الشركاء ببطلان الشركة لعدم إستيفائها الشكل المطلوب ، فإذا طالبت الشركة أحد من تعامل معها ، جاز لهذا الغير أن يدفع المطالبة بأن

¹ أكنم أمين الخولي، المرجع السابق، ص 418.

² السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 5 العقود التي تقع على الملكية ، الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح، المجلد الثاني، ص 248.

الشركة باطلة و أن التعاقد معها باطل ولا يرجع الشركاء على الغير في هذه الحالة إلا بما تقضي به القواعد العامة في العقد الباطل ، ولكن يجوز للغير أن يغفل بطلان الشركة ، و أن يتمسك بوجودها ، وفي هذه الحالة تعني الشركة صحيحة قائمة منتجة لآثارها

أما إذا كان الغير قد تعاقد مع الشركة و أراد أن يطالبها بالتزاماتها ، فلا يجوز للشركة أن تحتج عليه ببطلانها لعدم استيفائها الشكل المطلوب ، و بأن التعاقد معه كان باطلا لهذا السبب ، بل تلزم الشركة بالوفاء بالتزامها نحو الغير على اعتبار أنها شركة صحيحة قائمة ، و للغير أن يثبت وجود الشركة بجميع طرق الإثبات بما فيها البنية و القرائن ، حتى لو زاد رأسمالها على عشرة جنيهاً لأنه من الغير .

يتبين من ذلك أن بطلان الشركة لعدم استيفائها الشكل المطلوب يجوز أن يحتج به الغير قيل الشركة ، و لكن لا يجوز للشركة أن تحتج به قبل الغير¹

الفرع الثاني - الشكلية الرسمية في عقد الشركة في القانون الجزائري :

تنص المادة 418 فقرة 1 مدني² على وجوب كتابة عقد الشركة وإلا كان باطلا ، كذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد ، و أوجب في المادة 545 فقرة 1 تجاري بأن تثبت الشركة يعقد رسمي و إلا كانت باطلة و أوجبت المادة 548 تجاري إيداع العقود التأسيسية و العقود المعدلة للشركات لدى المركز الوطني السجل التجاري، وتنتشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات و إلا كانت باطلة ، و اشترطت المادة 549 القيد في السجل التجاري حين تتمتع الشركة

¹ السنهوري، المرجع السابق، ص 249، أنظر عكس ذلك أكنم أين الخولي ، المرجع السابق، بند 383، ص 418 حيث يقول: "أما حيث يتطلب القانون الكتابة الرسمية في عقد الشركة كما هو الحال بشأن بعض الشركات المساهمة و الشركات ذات المسؤولية المحدودة، فالراجح أن حزاء تخلف الشكل الرسمي يكون باطلا مطلقا سواء فيما بين الشركاء أم بالنسبة للغير، و على ذلك يكون للشركاء في هذه الحالة أن يتمسكوا بالبطلان في مواجهة الغير، و يكون للبطلان أثر الرجعي المعتاد، و بعبارة أخرى تعتبر هذه الحالة أقرب ما تكون أم بالنسبة للغير، و على ذلك يكون للشركاء في هذه الحالة أن يتمسكوا بالبطلان في مواجهة الغير، و يكون للبطلان أثر الرجعي المعتاد، و بعبارة أخرى تعتبر هذه الحالة أقرب ما تكون إلى فكرة إنعدام التصرف القانوني"

² نص المادة 14/18 من القانون المدني الجزائري: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا، و كذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد".

بالشخصية ، وفي حالة إنحلال الشركة أوجب القانون نشر هذا الانحلال حسب نفس شروط العقد التأسيسي ذاته (م 550 تجاري) ،

يتضح من مظاهر النصوص المدنية و التجارية أن الكتابة بالنسبة للشركات المدنية تعتبر شرطا الصحية العقد ، لا لمجرد إثباته ، بينما هي شروط للإثبات بالنسبة للشركات التجارية ، وفي كلا النوعين لا يجوز للشركاء أن يحتجوا على الغير بهذا البطلان الناتج عن عدم الكتابة ، ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان (م 418 فقرة 2 مدني) ، و كذلك فإنه يجوز أن يقبل عن الغير إثبات وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء (المادة 545 فقرة 3 تحاري) .

الأمر الذي يتضح منه أنه بمجرد إنعقاد العقد تتكون الشركة ، بل يقضي القانون في المادة 417 مدني بأن الشركة تعتبر بمجرد تكوينها شخصا معنويا ، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد إستيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون ، ومع ذلك، إذا لم تقم الشركة بالإجراءات المنصوص عليها في القانون فإنه يجوز للغير أن يتمسك بتلك الشخصية باعتبارها شركة فعلية¹ .

والحقيقة أنه وإن كان نص المادة 545 فقرة 1 من القانون التجاري ينص على أن تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة ، الأمر الذي يوحي في ظاهره أن الكتابة شرط للإثبات في الشركات التجارية ، و لكننا نرى في تفسير هذا النص أن الكتابة شرط إثبات لا شرط إثبات فقط كما في الشركات المدنية لأن الإثبات طبقا لأحكام هذا النص ، مناطه العقد الرسمي ، و حتى يمكن إضفاء صفة الرسمية على عقد الشركة ، لا بد أن تفرغ شروطه في

¹ أحمد محرز، السابق، بند 43.44، ص 56، 55، أنظر في نفس المعنى: د/ إلياس ناصف، موسوعة العقود المدنية و التجارية حل العقود، الجزء 7، ص 66 هامش في ذكر للمادتين 565، معاملات مدنية و إمارات، و 584 مدني أردني اللتان تتصان على يأتي : " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا، و إذا لم يكن مكتوبا ، فا يؤثر ذلك على حق الغير، أما بالنسبة للشركاء أنفسهم فيعتبر العقد صحيحا إلا إذا طلب أحدهم اعتباره غير صحيح فيسري ذلك العقد من تاريخ إقامة الدعوى". و الفصل 16 من المجلة التونسية الذي نص على ما يأتي : " يجب إثبات عقد الشركة بكتاب و إلا كان باطلا، و يجوز لغير الشركاء عند الإقتضاء أن يثبتوا بكل الوسائل وجود الشركة أو شرط أو أكثر من الشروط التي تضمنها عند الشركة. لا تقبل فيما بين الشركاء أية حجة لمعارضة ما تضمنه عقد الشركة أو إثبات أمر خارج عن نصه".

و تقابل هاتين المادتين أيضا المادة 475 مدني سوري و 628 مدني عراقي .

ورقة رسمية بثت فيها موظف عام أو شخص مكلف خدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته و اختصاصه (م 324 مدني جزائري)

ولم يحدد القانون المدني البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد الشركة ، الأمر الذي رأى فيه المشرع أن يتركه لإرادة الأفراد المتعاقدة - على عكس القانون الفرنسي كما رأينا - حين يمكنهم أن يضمنوه ما يشاءون من شروط طالما لم تخالف الآداب أو النظام العام ، غير أن الواقع عملا ، أن يدرج المتعاقدون البيانات الجوهرية في العقد كبيان نوع الشركة و مقدار رأس المال ، و اختصاصات المديرين ، و قواعد توزيع الأرباح و الخسائر وما إلى ذلك .

و أما المشرع التجاري فقد أوجب أن يحدد عقد الشركة شكلها و مدتها و عنوانا أو اسمها و مركزها و موضعها و مبلغ رأسمالها (م 546).

وطبقا للنصوص المدنية فإنه في الشركات المدنية يكتفي بالكتابة العرفية حيث لم يستلزم القانون الرسمية ، و كذلك لا يشترط في الشركات المدنية إجراء الشهر ذلك لأن القانون المدني لم يتضمن نصوصا توجب شهر عقد الشركة أما في الشركات التجارية فقد أستلزم المشرع الرسمية و الشهر حيث أوجب أن تودع العقود التأسيسية و العقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري ، و تنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات و إلا كانت باطلة (م 548 تجاري) و الشهر في الشركات التجارية من الأهمية بما كان ، حيث يهم أمر المتعاملين مع الشركة ، و تختلف وسائل الشهر كما يختلف جزاء إهماله باختلاف نوع الشركة¹

الفرع الثالث : الشكلية الرسمية في عقد الهبة

لم ينظم المشرع الجزائري عقد الهبة و أحال بكل ما لم يرد به نص تشريعي إلى الشريعة الإسلامية ، وفي الشريعة الإسلامية لا تجوز الهبة إلا مقبوضة ، فهي عقد عيني ، أما هبة العقار فيجب أن تكون بعقد موثق عملا بالمادة 12 من الأمر رقم 70- 91 و إلا بطلت ، و

¹أحمد محرز، السابق، بند 46، ص57

بعد صدور قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، لم تحد القادة 206 منه عن هذا السياق¹

هكذا يتبين أن عقد الهبة في القانون الجزائري من العقود الرسمية فيجب أن يحرر بصفة رسمية من قبل الموثق ، و إلا كان باطلا مطلقا .

¹ نص 206 "تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول، و تتم بالحيازة و مراعات أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات، و إذا أختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة" ، أنظر محمد حسنين، المرجع السابق، ص 106. هامش، أنظر مجلة الموثق، عدد4 سبتمبر 1992، د/ محمد تقي، الهبة في التشريع الجزائري و في الفقه الإسلامي، ص 38.

المبحث الثاني : شروط الشكلية في العقد .

تتمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانونية قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة ، و قد سميت هذه الإجراءات بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف قانوني ، فهي لا تؤثر مبدئياً على صحته و لكنها قد تحد من فعاليته و نفاذه ، و تتعلق هذه الإجراءات مسائل مختلفة¹

وقد سبق لنا بأن ذكرنا بأن تخلف هذه الشكلية لا يترتب عليه بطلان العقد بل مضايقة العاقدين ، و تعرضهما البعض الصعوبات ، حيث يسعىان لإستخلاص كل النتائج المفيدة من العقد .

وظاهر أن هذه المضايقة كافية وحدها الدفع المتعاقدين إلى إثار مراعاة الشكليات مقدما في أغلب الأحوال ، هذا و يترتب على الأخذ بهذه الشكليات في العمل تدخل الدولة في إبرام العديد من العقود ، الأمر الذي يفضي إلى البطئ في إبرام العقود و مضايقة عاقدتها تبعاً لذلك . و قد إنتشر هذا النوع من الشكليات في العصر الحاضر و يمكن رد مظاهره المختلفة إلى زمر ثلاث² و هي شكلية الإثبات و الإشهار و التسجيل ، يتم إستعراضها من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : الشكلية الرسمية لإثبات العقد

يتطلب المجتمع من المتعاقدين في أغلب الأحوال أن يعد مقدما دليل عقدهما و الدليل المعد مقدما (Preuve Preeconstituée) هو في المعاد محرر، (ورقة عرفية أو ورقة رسمية) ، يجب أن يحزر عند إبرام العقد وقبل وقوع النزاع بغية إعداده لإثبات العقد ، عند وقوع النزاع بشأنه ، هذا و بمجرد أن يقوم العاقدان بوضع المحرر يفترض أنهما قد أعربا ضمنا عن إرادتهما بأن يكون المحرر دليلا ضدتهما.

إن المجال الطبيعي لهذا الضرب من الإثبات هو التصرفات القانونية و بوجه خاص العقود أما بالنسبة للوقائع القانونية التي غالبا ما تحدث فجأة (مثال : الفعل الضار المادة 1348فقرة

¹ علي فيلاي، الإلتزامات ، المرجع السابق، ص 242.

² وحيدة رضا سوار، القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 158.

1 و 2) فإن المشرع لا يسعه إلا أن يترك لذوي الشأن الحرية في جمع أدلتهم بعد وقوع الحادث.

أما بالنسبة للعقود فإن المشرع وخلافا لما تقدم يلزم ذوي الشأن بإعداد دليلهم مقدما ، لإبرازه عند إثارة النزاع في المستقبل (و أن وجود الدليل نفسه يدل كما هو واضح على وقوع النزاع و الاحتياط له)¹

ولقد نظم المشرع طرق الإثبات بوضعه قواعد تلزم المتخاصمين ، وعلى عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل ، فإن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين يكون بمحرر عرفي أو رسمي ، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة : 333 قانون مدني² : " غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائرية ، أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز البينة في إثبات وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ... " ، بمقتضى هذا الحكم ، وفي حالة إنكار الدين يجب على الدائن لاستيفاء حقه أن بثبته كتابة³

وكذلك المادة 334 مدني التي لا تجيز الإثبات بالبينة فيما يخالف دليلا كتابيا حتى ولو كانت قيمة النزاع تقل عن ألف دينار إلى جانب بعض النصوص الأخرى التي تستلزم إثبات بعض التصرفات بالكتابة بغض النظر عن قيمتها مثل إختيار الوطن (المادة 39 مدني) و الكفالة (المادة 645 مدني) وهنا يأتي دور الشكلية في الإثبات ، حيث لا يجوز الإثبات إلا بالشكل الذي فرضه القانون والشكل الذي فرضه القانون هو الشكل الكتابي الرسمي أو العرفي.

ويرجع الأصل التاريخي للإثبات بالكتابة في القانون الفرنسي إلى ما جاء في المادة 54 من أمر دي مولان (Ordonnance Donoilins لسنة 1664) حيث ورد في المادة المذكورة ما يلي : "يثب بمحرر عرفي أو رسمي كل شيء تزيد قيمته على مائة فرنك " ويعود سبب إصدار هذه المادة إلى رغبة المشرع الفرنسي آنذاك في التقليل من المنازعات التي كانت ترفع أمام المحاكم وتسبب لها مشاكل و متاعب نتيجة التجريح في الشهود حيث كان

¹ سوار ، المرجع السابق، ص160

² و تقابلها المادة 1341 من القانون المدني الفرنسي.

³ فيلالي علي، المرجع السابق، نفس الموضوع

المتقاضون يكثر من رفع الدعاوى أمام المحاكم بسبب وجود وسائل إثبات رهن أيديهم تتمثل في الشهود الذين يقبلون الرشوة ويغترون بالعروض المقدمة لهم مما جعل البعض منهم يتخذ الإشهاد حرفة للارتزاق فكان الهدف من وضع هذا النص هو الحد من استعمال وسيلة إثبات تخالف الأخلاق¹.

وعلى العموم فإننا لم نجد أن المشرع قد اشترط الشكلية الرسمية في إثبات عقد من العقود و أن جميع العقود التي أشرط فيها هذا النوع من الشكلية كانت لصحتها و وجودها يترتب على تخلفها البطلان ، وهذا لم يمنع المشرع من جهة أخرى في بعض العقود من جواز اشتراط الشكلية العرفية للصحة و لكن هذا يخرج من مجال دراستنا ، كعقد المرتب لمدى الحياة مثلا² ، ولكنه مع ذلك فقد اشترط الكتابة للإثبات ولم يشترط أن تكون رسمية أو عرفية في بعض العقود عقد - الكفالة و التأمين - و في عقود رضائية كما سنرى

الفرع الأول: شكلية الإثبات في عقد الكفالة

نصت المادة 645 مدني جزائري على أن: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، ولو كان من الجائز إثبات الإلتزام الأصلي بالبينة" و النص مطابق للمادة 375 مدني مصري والمادة 39 مدن سوري والمادة 782 مدني لبي والمادة 1059 موجبات وعقود لبناني .

وفي حكم هذه المادة خروج عن القواعد العامة للإثبات وتبرير هذا الخروج هو أن إلتزام الكفيل من الإلتزامات التبرعية ، لذا يجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع ، وقد يكون من العسير بلى قد يستحيل أحيانا أن تعرف طبيعة تدخل الكفيل ، و تحديد مدى إلتزامه ونوع كفالته عن طريق شهادة الشهود وحدها ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة ، كما يندر أن يلجأ الدائن في دعواه ضد الكفيل إلى الإثبات بالبينة ، فلهذه الأسباب، قررت الإرادة التشريعية حماية الكفيل عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة. هذا و الكتابة لإثبات الكفالة لازمة حتى ولو كان إلتزام المكفول يثبت بالبينة.

¹ زواوي محمود، الرسالة السابق، ص 48،49.

² المادة 615 مدني: "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا و هذا دون الإخلال بما يتطلبه القانون بشكل خاص لعقود التبرع".

وإثبات الكفالة بالكتابة لا يعني أن الكفالة عقد شكلي ، بل هو عقد رضائي كما قدمنا ، فالكفالة ليست ضرورية لإبرام العقد بل لإثباته فقط¹ .

وعلى عكس من ذلك فقد نصت بعض القوانين على ضرورة إبرام الكفالة في الشكل الكتابي لصحتها كالقانون الألماني و السويسري ، فتتص المادة 766 من القانون المدني الألماني على أنه : " يجب لصحة عقد الكفالة أن يتم الرضا بالكفالة في الشكل الكتابي و يزول السبب الناشئ عن عدم توافر الشكل إذا نفذ الكفيل تعهد الأصلي "

وتتص المادة 493 من قانون الالتزامات السويسرية على أن : " صحة الكفالة تتوقف على مراعاة الشكل الكتابي وعلى بيان مبلغ معين يكون الكفيل ملتزما لغايته "²

الفرع الثاني : شكلية الإثبات في عقد التأمين .

لقد حاول المشرع الجزائري إعطاء تعريف للتأمين ، في هذا الصدد نصت المادة 619 من القانون المدني على أن : " التأمين عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد مرتب أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد و ذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن " ³ .

وما يهمنا بالدرجة الأولى معرفة شكلية عقد التأمين ، فالمشرع الجزائري يشترط لإبرام هذا العقد أن يكون مكتوبا ، ولم يحدد بأن تكون الكتابة في شكل محرر عرفي أو في شكل محرر رسمي و لم حدد كذلك الوسيلة و الصياغة و اللغة التي يكتب بها هذا العقار ، و ترك أمر ذلك إلى إتفاق أطراف العقد. وقد جرى العمل في هذا المجال على أن تفرغ عقود التأمين في نماذج معدة مسبقا و مطبوعة من قبل شركات التأمين و متضمنة الشروط العامة المألوفة لكل نوع من أنواع التأمين وعند التعاقد يضاف إلى ذلك في بعض أنواع التأمين شروط أخرى

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، التأمينات الشخصية و العينية، القسم الأول عقد الكفالة، عين مليلة ، الجزائري، ط1، 1991-1992، ص37.

² صبري السعدي، المرجع لسابق، نصص الموضوع ، هامش.

³ جديدي معراج، مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، 1999، ص 12.

خاصة تتعلق بطبيعة التأمين و نوع المخاطر ويتضمن العقد من جانب ثان معلومات تتعلق بالمؤمن له ، وقد يتم تدوين كل ذلك إما بالآلة الراقنة أو باليد أو بأية وسيلة أخرى .

و أوجب المشرع من جهة أخرى بأن تكتب عقود التأمين بحروف واضحة و أن تكون العبارات المتعلقة بأحوال البطلان و السقوط مكتوبة حروف ظاهرة و إلا اعتبرت باطلة (المادة 622 من القانون المدني)

ومن هنا ينبغي معرفة مدى القيمة القانونية للكتابة التي اشترطها المشرع الجزائرية في عقد التأمين ، فنستطيع القول بأن هذه الشروط مطلوبة لإثبات العقد و ليست لانعقاده ، وهذا ما يؤدي بنا إلى التساؤل ، هل يمكن إثبات عقد التأمين بوسائل أخرى غير العقد ؟

هذا أمر غير ممكن بالنسبة لعقد التأمين ، فهو يثبت بالكتابة ، وهذه الكتابة تكون بجميع الوسائل الأخرى غير العقد و يكفي لذلك تبادل الرسائل بين أطراف العقد أو تسليم المؤمن له المذكرة.

المطلب الثاني: الشكلية الرسمية لشهر العقد.

المفروض أن التصرفات القانونية تحدث أثارها كاملة منذ أن تتوفر العناصر المكونة لها دون حاجة إلى إخطار الغير أو إعلانه بحدوثها ، مع ذلك فإن بعض التصرفات القانونية تنتج أثارها في مواجهة الكافة أو في مواجهة المجتمع ، بحيث يترتب ضرر للغير أو للمجتمع إذا لم تعلن هذه التصرفات بوسيلة من وسائل الشهر و الإعلام ، ومن أهم وسائل الشهر ، طرق الشهر العقاري و كذا طرق إشهار الزواج¹

و طرق القيد في السجل التجاري و النشر في الصحف و ستتناول كل من هذه إشهار الشكليات على حدى كما يلي :

الفرع الأول: شكلية الشهر العقاري

إن من أهم قواعد الشهر و أبرزها الشهر العقاري المطبق في نقل الملكية العقارية أو إنشاء حق عيني عقاري ، و المحدد بصورة ضيقة من طرف القانون المدني و الذي أخذ بالتوسع بشكل متوالي بقانون : 23 مارس 1855 ، و مرسوم : 4 جانفي 1955 ، وفي الوقت

¹ تانغو، النظرية العامة للقانون، المرجع السابق، ص383.

الحاضر ذهب القانون إلى أبعد من ذلك فقد أصبحت هذه الشكلية في فرنسا تستتبع شكلية أخرى ، تلك هي شكلية الرسمية ، ذلك لان دائرة الشهر العقاري ترفض هناك شهر العقود، إذا لم تحرر في عقود رسمية (المادة 4 من مرسوم رقم 1955/01/04) ، و أ ظاهر هذا الإلتزام يفرض على المتبايعين من الوجه العملية أن يجريا البيوع العقارية في العقود الرسمية على أن هذا لا يعني أن البيع العقاري في فرنسا قد غدا عقدا شكليا، بل هو ما زال عقدا رضائيا، فهو ينتج كامل آثاره بين المتعاقدين بمجرد التراضي، أما بالنسبة إلى الغير فإن آثاره لا تنفذ إلا بالشهر¹.

و يتفق بذلك المشرع الجزائري ع نظيره الفرنسي في تطلب شكلية لافاذ العقد و لكنه يختلف معه في شكلية البيع العقاري من عدمها ، فقد قدمنا أن قانون التوثيق لعام 1970 قد أوجب تحرير العقود التي تتضمن نقل الحقوق العقارية في شكل رسمي.

و قد أكدت المادة 793 من القانون المدني على ضرورة الشهر لافاذ العقد بقولها: " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سوى كان ذلك بين التعاقدين، أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات لبتي تنص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار" كذلك نص المادتين 15 و 16 من الأمر 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العامو تأسيس السجل العقاري على التوالي: " كل حق ملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجودله بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية..."، " إن العقود الإرادية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

و نظرا لتطلب شكلية الإنعقاد لشكلية الشهر لافاذ العقد في مجال المعاملات الواردة على العقارات فقد نصت المادة 16 من رسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم في الشكل الرسمي".

¹Jacques flour-les obligations .op.cit ;n 312- page 233 ,234.

انظر كذلك في نفس المعنى، سوار، المرجع السابق، بند268، ص158.

ثم يأتي القانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري الذي نص في باب الأملاك الملكية الخاصة ، المادة 29 نه على: " يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري." و مرة أخرى يتكرس هذا المبدأ في القانون رقم 91-10 المؤرخ في: 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف في 41 منه: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يشهره لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"¹

الفرع الثاني: شكلية الشهر في عقد الزواج.

أما إشهار الزواج فل الهدف منه هو عدم إبرام الزواج سرا ، بما يؤدي إليه ذلك من إختلاط الأنساب و غير ذلك من الأضرار.²

و لقد إكتفت الشريعة الإسلامية بالشهادة كوسيلة للإشهار و العلانية، و كأداة للإثبات في الجحود الزوجية أو إنكارها من طرف أحد الزوجين، في حين أدخل الفقه الإسلامي المعاصر التوثيق الذي يدخل ضمن المصالح المرسله لتثبيت الحقوق و تقوية الثقة و إدخال الإطمئنان في نفوس الناس، فأصبح عقد الزواج بذلك من العقود الرسمية أو الشكلية ، و التي لا بد فيها من الشهر و الإعلان و التوثيق لحمايتها و ترتيب أحكامها.³

هذا و أن آثار تسجيل عقد الزواج و آثار متنوعة و لم يحدث عنها قانون الحالة المدنية و لا قانون الأسرة بشكل متميز. لكننا مع ذلك سنحاول أن نذكر أهمها، و هو واضح منها فقط فيما يلي:

1- من أهم آثار ابرام و تسجيل عقد الزواج أمام ضابط الحالة المدنية أنه يجب عليه بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 72 من قانون الحالة المدنية أن يسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج.

¹ حمدي باشاعمر، المرجع السابق، ص 78-82.

² تانغو، المرجع السابق، ص 384.

³ العربي بن الحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 1، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجزائرية، 1994، ص 140.

-2- و من آثار التسجيل عقد الزواج أمام الموثق أنه يجب عليه بعد تحرير العقد في سجله أن يسلم الزوجين شهادة تثبت انعقاد الزواج، و أ، يرسل إلى ضابط الحالة المدنية بالبلدية التي حرر بها العقد ملخصا عن العقد خلال مهلة ثلاثة أيام ليقوم ضابط الحالة المدنية بتدوين العقد في سجل العقود الزواجية يسلم الزوجين دفترا عائليا.

-3- و من أهم آثار تسجيل عقود الزواج أنه يسهل للزوج المعني أن يثبت زواجه بمستخرج من سجلات الحالة المدنية كان قد حرمه منه بمقتضى الفقرة الأولى من القانون رقم 63-224 الصادر في 1963/06/29.

-4- و من أهم آثار تسجيل عقد الزواج كذلك أنه يجب على ضابط الحالة المدنية بعد أن يتم تسجيل أو تدوين عقد الزواج في سجل الحالة المدنية المخصص لذلك أن يشير إلى هذا الزواج على هامش وثيقة ميلاد كل من الزوجين¹.

الفرع الثالث: شكلية الشهر في العقود التجارية.

علمنا أن النشاط التجاري يقوم على السرعة و الثقة، مما يقضي أن يكون التجار على بينة أمرهم بخصوص الأشخاص الذين يتعاملون معهم، لذلك نظم المشرع التجاري (المادة 19 من القانون التجاري)² و كذلك نظم القيد في سجل السفن (المادة 49 ن القانون البحري) كما سبق أن رأينا ، أيضا القيد لدى سجلات المحكمة في الإمتياز الناتج عن بيع و رهن المحل التجاري (المواد من 142 إلى 146 من القانون التجاري)، و إجراءات القيد و البيانات الخاصة للملكية الصناعية و تنظيمها بالمعهد الجزائري للملكية الصناعية (المادتان 147 و 148 من القانون التجاري دائما)³.

سنتطرق لهذه الأنواع من القيود كل على حدى كما يلي:

أولا- القيد في السجل التجاري: و هو قيد يخص بعض التصرفات أو الأشخاص و الذي يخضع له التاجر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا (المواد 19، 20، 21 تجاري) وذلك من أجل اكتساب صفة التاجر و يترتب على عدم اكتساب صفة التاجر و عدم اكتساب

¹ عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة الجزائر، ط2، 1989، ص 166-167.

² نسيم حشود، الرسالة السابقة، ص17.

³ محرز، الجزء 4، ص 102

الشخصية المعنوية بالنسبة للأشخاص المعنوية¹، كما يترتب على عدم تقييد كل التصرفات القانونية المتعلقة بالمحلات التجارية عدم نفاذها في حق الغير.

ثانيا- القيد في سجلات المحكمة: تخضع بعض التصرفات إلى القيد في سجلات المحكمة مثل قيد الامتيازات الناتجة عن عقد الرهن للمحل التجاري، و بيعه، وقد سبق أن رأينا في عنصر الشكلية الرسمية في المحل التجاري و أن المشرع الفرنسي ذهب في وجوب تسجيل الامتياز الناتج عن عقد بيع المحل التجاري في السجل الموجود في المحكمة التجارية إلى اعتبار العقد باطلا إذا تخلف هذا التسجيل تطبيقا للمادة 2 من القانون بيع و رهن المحل التجاري.

الفرع الرابع: شكلية الشهر عن طريق النشر في الصحف.

قد يتم أحيانا شهر العلامات بواسطة النشر في الصحف الخاصة كصحيفة الإعلانات القانونية، و الجرائد اليومية العامة، حيث تنص المادة 83 من القانون التجاري بوجوب نشر ملخص عقد بيع المحل التجاري في صحيفة الإعلانات القانونية في مدة خمس عشر يوما من تاريخ البيع كما تقضي الفقرة الثانية من نفس المادة بنشر العقد المتضمن عقد تأجير و تسيير المحل التجاري، و تلزم المادة 548 من القانون التجاري نشر العقود التأسيسية و المعدلة للشركات².

هذا و يشترط قانون بيع ز رهن المحل التجاري الفرنسي نشر بيع المحل التجاري خلال خمس عشر يوما في صحيفة إعتيادية (المادة 3 منه)، و ذلك بسعي من المشتري، و عند عدم نشره يعد العقد باطلا. أما القانون المصري فلا يشترط نشره إلا بالتسجيل في السجل التجاري (المادة 2) . بينما اشترط قانون التجارة العراقي في صحيفة يومية (الفقرة 2 من المادة 70) دون أ، يترتب على عدم النشر إلا فيما يتعلق بإمتياز البائع (المادة 75)³.

¹ زاوي محمود، الرسالة السابقة، ص53.

² نسيمه حشود، الرسالة السابقة، نفس الموضوع، أنظر نادية فوضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركة

الأشخاص)، دار هومة، الجزائر، 1997، ص45 .

³ الفتلاوي، المرجع السابق، ص 130 هامش

المطلب الثالث: الشكلية الرسمية لتسجيل العقد

يعرف التسجيل على أنه شكلية منجزة من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كفاءات متعددة يحددها القانون والتي يمكن تطبيقها على العقود الناتجة عن العقد فسوف نقوم بتقسيم المطلب إلى فرعين الفرع الأول نتناول فيه وظيفة التسجيل أما الفرع الثاني فسنتناول فيه الآثار المترتبة عن عدم التسجيل .

الفرع الأول: وظيفة التسجيل.

التسجيل هو عملية من خلالها يتم تأدية الرسم الواجب على المعاملات أمام مصالح إدارة لضرائب، هذه الرسوم تختلف باختلاف نوع المعاملات الواقع عليها التسجيل. من خلال هذا لتعريف يتبين لنا أن العبرة بالتسجيل هي أخذ الرسم المفروض على المعاملة، حيث لا يمكن تسجيل التصرف دون فرض ضريبة عليه

و لعملية التسجيل أهمية كبرى و لها أهداف يمكن إبرازها فيما يلي:

- تحصيل الضرائب أ، الرسوم، فهو شبه رضائية.

- إعطاء العقد تاريخا ثابتا، ذلك أنه يحافظ على المركز القانوني للعقار¹.

و هذا ما نصت عليه المادة 328 من القانون المدني ، التي جاء في إطارها قرار المحكمة العليا رقم: 62-624 المؤرخ: في 1990/09/24 الذي يقضي: (...و بما أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية ، بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ، أما مضمون العقد العرفي فيبقى دائما بعيدا عن الرسمية)

و منه فخاصية التسجيل أنه يعطى تاريخا ثابتا للتصرف أو الواقعة، هـ< التاريخ يمكن أن يكون حسب ما تقتضيه المادة 328 المذكورة ابتداءا: " من يوم تسجيله" ...إلخ، و عليه يمكن الإحتجاج بهذه التواريخ في حالة غياب الوسائل الأخرى، لأهمية الإجراء و خاصة في المجال العقاري فقد إستلزمه المشرع في الكثير من نصوصه، منها نص الادة 39 من القانون 25-90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، و في نفس السياق نجد المادة من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري، في بيع البناء على التصاميم.

¹نسيمة حشود، السابق، ص 88،89.

و يتم التسجيل بوضع علامة على العقد أو على التصريح، و تقوم مصلحة بتقديم وثائق أو غستمارات يتم ملؤها من طرف المستفيد ثم يقوم المكتب بتحديد الضريبة المراد دفعها. و التسجيل لا يعني إعطاء الصفة الشرعية المصرح به كوجود بطلان نسبي في العقد، فهذا الأخير يسجل رغم أنه قابل للإبطال النسبي فالتسجيل لا يصحح العقد، و بصفة عامة التسجيل يظهر حقا و لا يثبت حقا¹.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن عدم التسجيل.

تخضع إجراءات التسجيل طبقا للأمر 79-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، الأحكام و القرارات القضائية، و عقود الموثقين، و العقود العائلية الناقلة للملكية و الوصية و عقود الشركات، و كذلك بعض العقود العرفية.

و يترتب - في بعض الأحيان - على إغفال إجراء التسجيل بطلان التصرف القانوني، مثلما هو الأمر بالنسبة للهيئة في ظل القانون القديم، حيث قضت المحكمة العليا بنقض القرار الصادر من مجلس قضاء الأغواط بتاريخ 07 نوفمبر 1989 و القاضي بصحة الهبة الواقعة بتاريخ 24 أكتوبر 1957، في حين أن هذه الهبة التي تضمنها المحرر عرفي لم يت تسجيلها لدى كتب توثيق طبقا للمادة 931 من القانون القديم، التي توجب التسجيل لدى موثق رسمي تحت طائلة البطلان.

وقد يتقدم الأطراف من تلقاء أنفسهم إلى مصلحة من المصالح المختصة في التسجيل حتى يثبت تاريخ العقد بالنسبة للكتابة العرفية، و يعتبر التسجيل كذلك إجراء واجبا جنائيا، إذ يترتب عليه دفع الرسوم المستحقة.

و بمقتضى المادة 9 من قانون التسجيل: "تسجيل العقود المدنية و العقود غير القضائية على النسخ الأصلية أو البراءات أو الأصول..."، هذا بمقتضى تحرير مكتوب، وهو شكلية غير مباشرة².

¹ نسيمه حشود، المرجع السابق، ص96.

² علي فيلالي، الإلتزامات، السابق الإشارة إليه، ص 247.

و تجدر الإشارة إلى أن قانون 91-25 المؤرخ في 16/12/1991 المتضمن قانون المالية 1992 عبر المادة 351 منه قد منع على مفتشي التسجيل من القيام بإجراء العقود العرفية ، حيث نصت المادة على: " يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء التسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر مكوّنها، التنازل عن الأسهم و الحصص في الشركات للإيجار التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو تعديلية الشركات"

فهذه المادة جاءت لتقضي على العقود العرفية بما فيها العقود المتضمنة نقل الأملاك العقارية¹.

بالتالي فلم يبقى خاضعا لإجراء التسجيل سوى العقود الرسمية التي تصدر عن جهات التوثيق و المحاضر التي يعدها كتاب الضبطة كتاب الإدارات المركزية و المحلية.

¹حمدي باشا عمر، السابق، ص 82.

ملخص الفصل الثاني

إن الشكلية تعتبر المظهر الخارجي للعمل القانوني ، وهي التعبير المادي عن الإرادة من يشارك في تحضير العمل القانوني وإبرامه فالإرادة هي جوهر التصرف والشكل هو إخراج هذه الإرادة إلى الخارج فهو كتابة عن القالب الذي يوضع فيه العمل القانوني وبالتالي لا يوجد أي عمل قانوني يترتب عليه آثار دون أن يظهر بشكل معين.

الخاتمة

الخاتمة

مما سبق نجد أن أساس إبرام العقد بين الأفراد في المجتمعات ومختلف التشريعات , تقوم على أصل عام هو مبدأ سلطان الإرادة أين يطبق على العقد الإرادة الحرة فيه بحيث أن المتعاقدان يبرمان العقد الذي يريدانه ويحدد ان الشروط التي ترضيهما اعتقادا منهما أن الحرية هي أفضل وسيلة لتحقيق المصالح الخاصة ونتيجة حتمية لتنازلات المتبادلة في العقد . فالقول أن الإرادة سلطان يعني أن كل شخص حر في أي تعاقد يبرمه الأطراف وقد تترتب نتائج قانونية على الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة تتمثل في الحرية التعاقدية والرضائية, واحترام إرادة الأطراف عند تكوين وتنفيذ العقد . إن الدور الذي تتمتع به الإرادة في المجال التعاقدى ليس مطلق إذ أن هناك قيود عديدة فرضها المشرع في كل المراحل التي يمر بها العقد , لأن هذا التقييد له في المقابل ما يبرره.

فبنسبة للشكالية كقيد وإن كانت تحد من دور الإرادة في إنشاء العقود فإن الفقه الحديث يجمع على أنها أصبحت من أحدث أدوات النظام العام لحماية العلاقات القانونية , فهي تهدف إلى التأكد من توافر هذه الأخيرة لدى أحد الطرفين في العقود ذات الأهمية, إضافة إلى أن اشتراط الكتابة للإثبات يتسم بالوضوح ويحقق قدر كبير من الأمان لأطراف العقد لا توفره لهم طرق إثبات أخرى.

ضف إلى ذلك , إن تطور فكرة النظام العام و الآداب العامة في مختلف التشريعات نتج عنها قيود في مجال التعاقد , أي ليس للإرادة أن تنشأ عقدا سببه أو محله يخالف النظام العام أو الآداب العامة , فإذا تجاوز المتعاقدان هذه الحدود يكونا قد عرضا العقد للبطلان.

إن المشرع لاعتبارات العدالة الاجتماعية وتحقيق التوازن في العلاقات العقدية سعي إلى فرض التزامات جديدة على عاتق أحد المتعاقدين , كالالتزام بالإعلام الذي يستند إلى مبدأ حسن النية في العقود هذا من جهة ومن جهة أخرى منح القاضي السلطة التقديرية في تعديل العقد

وفقا للحالة المفروضة كلما توفرت شروطها القانونية , وجعل اتفاق الأطراف على خلاف ذلك من النظام العام

من خلال ما تم التوصل إليه من نتائج على ضوء هذا البحث نتقدم بالاقتراحات الآتية :

- كون مبدأ حسن النية في العقود من إيجاد الفقه والقضاء, نقتح على المشرع تخصيص قواعد خاصة لهذا المبدأ, وعدم الاعتماد على اجتهادات القضاء والفقه في هذه المسألة التي أصبحت جوهرًا لمعظم المعاملات التعاقدية
- يجب تقييد مبدأ سلطان الإرادة في إنشاء التصرفات القانونية بالقيود التي تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام
- إن الإرادة هي جوهر وأساس العلاقات التعاقدية لما لها من دور في إنشاء العقد وتحديد الالتزامات التعاقدية المترتبة عنه .
- إن التقييد الوارد على الإرادة في المجال التعاقدية سواء في إنشاء العقد أو تحديد آثاره يجب أن لا يقودنا إلى الاعتقاد بأن حرية الإرادة لم يعد لها دور , وإنما بلفت الانتباه فقط إلى أنها لم تعد لها السيادة المطلقة , وتبقى هذه القيود رغم تزايدها مجرد استثناءات على المبادئ العامة التي تحكم العقد
- أما فيما يتعلق بالصعوبات العملية التي تثيرها الشكلية في العقود على الصعيد القانوني أقترح أن يكون هناك نصوص قانونية تتناول الشكلية في العقود بوضوح ودقة في صياغتها ومنسجمة فيما بينها حتى ترفع كل غموض أو لبس .
- إذا لابد من الارتقاء بقوانيننا وخصوصا القانون المدني لأنه العمود الفقري للدراسات القانونية من خلال الابتعاد والتخلي عن التبعية التي يدين بها في جوانب منه للقانون المدني الفرنسي والتي تجعل منه قانونا لا يساير واقع المجتمع .
- صياغة المشرع لنص قانوني يتضمن تعريفا لمبدأ سلطان الإرادة حتى يتفق مع الطرح الثري الذي يتناوله الفقه في هذه الخصوص

- قيد الشكلية الذي فرضه القانون في بعض التصرفات كاشتراط الكتابة لإبرام بعض العقود لايعني الحجز على حرية الأشخاص , وإنما هو حماية للمتعاقد نفسه بتنبئيه لخطورة التصرف المقدم عليه وتحقيقا لاستقرار المعاملات .
- إن مسألة التدخل المتزايد للمشرع في تنظيم التعاقدات , ما هو إلا تماشيا مع نفس أساس الالتزام العقدي ومع الفكرة التعاقدية الصحيحة التي تقوم على أساس قيام العقد المتوازن بين المتعاقدين بعيدا عن غبن أو استغلال أحد الأطراف للأخر. ولا يعني ذلك تدهور العقد واضمحلال أهميته بل يعود السبب في ذلك إلى علاقة التدرج التي يجب أن تقوم بين قواعد النظام القانوني . فالتشريع باعتباره قانونا موضوعيا يعلو العقد بحسبانه مصدرا للحقوق الشخصية ولهذا فالعقد يتقيد بالتشريع الذي يتقدمه في سلم التدرج.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

1_ الكتب

1. العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول: التصرف القانوني-العقد والإرادة المنفردة- ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2007
2. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام ، العقد والإرادة المنفردة، ، الطبعة 4، دار الهدى، الجزائر، 2009
3. محمد حسن منصور ،مصادر الإلتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000
4. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، الطبعة 3 ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2000
5. محمد على عبده، دور الشكل في العقود ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، لبنان ، 2007.
6. فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد ، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية ، 2004
7. خليل أحمد حسن قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول ، مصادر الإلتزام ، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2010
8. جميل محمد بني يونس ، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، 2012
9. لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، 1990
10. علي فيلاي . الإلتزامات . النظرية العامة للعقد موقع للنشر. الجزائر. سنة 2010

- 11- البعلي عبد الحميد محمود : ضوابط العقود , دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي وموازنه بالقانون الوضعي وفقهه , مكتبة وهبة القاهرة , الطبعة الأولى 1989
- 12- السنهوري عبد الرزاق : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , مصادر الإلتزام , الجزء الأول , منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت , لبنان , طبعة 1998.
- 13- الجمال مصطفى: مصادر الإلتزام , ديوان المطبوعات الجامعية , الإسكندرية, مصر , 1999
- 14- السنهوري عبد الرزاق : نظرية العقد , الجزء الأول , منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, لبنان , طبعة 1998
- 15- السنهوري عبد الرزاق : مصادر الحق في الفقه الإسلامي , دراسة مقارنة بالفقه الغربي , الجزء الأول , دار النهضة العربية, بدون سنة طبع
- 16- السعدي محمد صبري : شرح القانون المدني, الجزء الأول , الجزائر , الطبعة الثانية 2009
- 17 - الصده عبد المنعم فرج : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية , بيروت , دار النهضة للطباعة والنشر , 1974
- 18 - العربي بلحاج : النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري, الجزء الأول , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر, طبعة 1999
- 19- العربي بلحاج : الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري(دراسة مقارنة) , دار وائل للنشر, الجزائر, 2010
- 20 - علي علي سليمان : النظرية العامة للإلتزام , مصادر الإلتزام في القانون المدني , ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر , الطبعة 2015

- 21 - فيلاي علي : الإلتزامات النظرية العامة للعقد , موفم للنشر والتوزيع , الجزائر , طبعة 2013.
- 22 - فيلاي علي : مقدمة في القانون , موفم للنشر والتوزيع , الجزائر , 2005
- 23 - قدارة خليل أحمد حسن : الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري , الجزء الأول , مصادر الإلتزام , ديوان المطبوعات الجامعية , الجزائر , 1994
- 24 - محمد على عبده, : دور الشكل في العقود , دراسة مقارنة , منشورات زين الحقوقية , لبنان , 2007
- 25 - محمد حسين , الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون الجزائري , بدون طبعة , المؤسسة الوطنية للكتاب , الجزائر , 1986 ,
- 26 - زيب عبد السلام , عقد الإيجار المدني , دار الهومة , الجزائر , 2009 ,
- 27 - أحمد محرز , القانون التجاري الجزائري , ج4 , العقود التجارية , دار النهضة العربية , بيروت , لبنان , 1980 ,.
- 28 - السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , الجزء 5 العقود التي تقع على الملكية , الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح , المجلد الثاني ,
- 29 - جديدي معراج , مدخل لدراسة قانون التأمين الجزائري , ديوان المطبوعات الجزائرية , 1999 ,.
- 30 - عبد العزيز سعد , الزواج و الطلاق في الأسرة الجزائري , دار البعث , قسنطينة الجزائر , ط2 , 1989 ,
- 31 - العثماوي أيمن إبراهيم : مفهوم العقد وتطوره , دراسة مقارنة , دار النهضة العربية , مصر . 2002
- 32 - العراو عبد القادر : النظرية العامة للإلتزام في القانون المغربي , مطبعة فضالة , الرباط , المغرب , 1995

- 33- المحمدي أحمد أبو عيسى: النظرية العامة للإستغلال في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري, دار النهضة العربية, مصر , الطبعة 1 , 2004
- 34- بلعور عبد الكريم : نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري المقارن , المؤسسة الوطنية للكتاب , الجزائر 1986
- 35- تقية محمد : الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية الديوان الوطني للأشغال التربوية , الطبعة 1992
- 36- جاك غاستان : المطول في القانون المدني, مفاعيل العقد وأثاره, ترجمة منصور القاضي, المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع , بيروت, لبنان , 2008
- 37- جميل محمد بني يونس : مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص " دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحولات العولمة وتطورات القانون " دار الثقافة للنشر والتوزيع , الأردن , الطبعة 1, 2012
- 38- حجازي عبد الحي : النظرية العامة للإلتزام وفقا للقانون الكويتي , دراسة مقارنة , الجزء الأول , مصادر الإلتزام , مطبوعات جامعة الكويت , 1982
- 39- حسنين محمد : الوجيز في النظرية العامة للإلتزام , المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع , الجزائر, 1983
- 40- سامي بديع منصور: عنصر الثبات وعامل التغيير في العقد المدني, دار الفكر اللبناني , بيروت, لبنان , الطبعة 1, 1987
- 41- سوار وحيد الدين محمد : التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي, القاهرة , 1960 .
- 42- سلطان أنور : الموجز في النظرية العامة للإلتزام , مصادر الإلتزام , دار المطبوعات الجامعية , الإسكندرية, مصر, 1998
- 43- العربي بلجاج : الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري , الجزء 1, الزواج والطلاق, ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر. 1994
- 44- أكتم أمين الخولي, الموجز في القانون التجاري , الجزء 1, مقدمة عامة - الأعمال التجارية- حقوق الملكية الصناعية والمتجر- شركات القطاع الخاص- النظام القانوني للقطاع العام , مطبعة المدني القاهرة, 1970
- 45- سمير عبد السيد تناغو: النظرية العامة للقانون , منشأة المعارف بالإسكندرية, 1986

2- رسائل الدكتوراه:

- ياسر أحمد كامل الصيرفي : التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر , القاهرة 1992.

3- رسائل الماجستير:

- زاوي محمود: الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون التجاري الجزائري, رسالة ماجستير , جامعة الجزائر , 1987
- نسيمة حشود : الشكلية في البيع العقاري, دراسة تحليلية- جامعة الجزائر, 2003.
- دحماني لطيفة , الشكلية في مادة العقود المدنية , مذكرة انيل شهادة الماجستير في القانون الخاص , جامعة تلمسان 2002.2003

4- المحاضرات :

- رمزي حوحو , محاضرات في المقياس القانون المدني, أقيت على الطلبة السنة الثانية جذع مشترك , قانون خاص , كلية الحقوق والعلوم السياسية, جامعة محمد خيضر بسكرة 2016-2017

الفهرس

الإهداء

الشكر والعرفان

أ	مقدمة.....
	الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية والتقييد.
8	المبحث الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة.....
8	المطلب الأول: المفاهيم التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة.....
8	الفرع الأول: معنى مبدأ سلطان الإرادة.....
10	الفرع الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة.....
18	المطلب الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة.....
18	الفرع الأول: الإلتزامات الإرادية هي الأصل.....
20	الفرع الثاني: حرية التعاقد.....
22	الفرع الثالث: الحرية في تحديد آثار العقد.....
25	الفرع الرابع: العقد سريعة المتعاقدين.....
32	المطلب الثالث: إنتفاء الأساس الذي يقوم عليه مبدأ سلطان الإرادة.....
32	الفرع الأول: الفقه الأساسي الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة.....
37	الفرع الثاني: الفقه الأساسي الإقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة.....
41	المبحث الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة وتقييده.....
41	المطلب الأول: أهم المبررات التي ساعدت على إنتكاص مبدأ سلطان الإرادة....
41	الفرع الأول: ظهور المذهب الإجتماعي.....
45	الفرع الثاني: تطور الفقه والقانون للعقود.....
49	المطلب الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة.....
49	الفرع الأول: القيود الواردة على حرية التعاقد وعدم التعاقد.....
53	الفرع الثاني: تقييد حرية تحديد آثار العقد.....
63	الفرع الثالث: إتساع نطاق الإلتزامات.....

69	الفصل الثاني : الشكلية في العقود
70	المبحث الأول: مفهوم العقود الشكلية
70	المطلب الأول: العقود الشكلية
71	الفرع الأول: الشكل الرسمي لإنعقاد عقد البيع المواق على العقار
72	الفرع الثاني: الشكلية لإنعقاد عقد الرهن الرسمي
72	الفرع الثالث: الشكلية لإنعقاد عقد هبة العقار
73	الفرع الرابع: الشكلية لإنعقاد عقد الشركة المدنية
74	المطلب الثاني: أشكال العقود الشكلية
74	الفرع الأول: الشكلية الرسمية
75	الفرع الثاني: الشكلية العرفية
79	المطلب الثالث: الشكلية الرسمية القانونية في بعض العقود
79	الفرع الأول: الشكلية الرسمية في المحل التجاري
93	الفرع الثاني: الشكلية الرسمية في عقد الشركة
99	الفرع الثالث: الشكلية الرسمية في عقد الهبة
101	المبحث الثاني: شروط الشكلية في العقد
101	المطلب الأول: الشكلية الرسمية لإثبات العقد
103	الفرع الأول: شكلية الإثبات في عقد الكفالة
104	الفرع الثاني: شكلية الإثبات في عقد التأمين
105	المطلب الثاني: الشكلية الرسمية لشهر العقد
105	الفرع الأول: شكلية الشهر العقاري
107	الفرع الثاني: شكلية الشهر في عقد الزواج
108	الفرع الثالث: شكلية الشهر في العقود التجارية
109	الفرع الرابع: شكلية الشهر عن طريق النشر في الصحف
110	المطلب الثالث: الشكلية الرسمية لتسجيل العقد
110	الفرع الأول: وظيفة التسجيل
112	الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن عدم التسجيل

114	الخاتمة
118	قائمة المصادر والمراجع
124.....	الفهرس
	الملخص

ملخص المذكرة

تندرج هذه الدراسة بحث بعنوان مبدأ سلطان الإرادة والشكلية في العقود .

والتي كانت في فصلين تناول الفصل الأول مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية والتقييد

والفصل الثاني الشكلية في العقود .

فمبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الرئيسية التي تدور حولها القواعد القانونية التي تنظم العقد في

مختلف أدواره, وهو كذلك من الأسس التي تقوم عليها الشرائع .

وإن كانت الرضائية تشكل القاعدة العامة التي تحكم التصرفات القانونية بين النظم القانونية

الحديثة فإن الشكلية أصبحت هي الإستثناء فيها وقد إقتصرت على الأشكال التي فرض

المشرع إتيساعها لإنتاج الصرف أثاره القانونية, بحيث تشكل في مجملها قيوداً على إرادة الأفراد

ولا يكتمل التصرف القانوني بإنعدامها .